<36637662470015

150, 161, 166, 167, 171, 177ff, 280, 208, 210,
221, 235ff, 241,

Dr. Gottfr. Schmitt,

der

# bayerische Civilproceß.

Zweiter Band.

Der

# bayerische Civilprocess,

systematisch dargestellt

von

**Dr. Gottfried Schmitt,**

Appellationsgerichtsrath im k. b. Staatsministerium der Justiz und z. Z. Mitglied des Gesetzgebungs-Ausschusses der Kammer der Abgeordneten

**Zweiter Band.**

**Bamberg.**

Verlag der Buchner'schen Buchhandlung.

1872.

Druck von Junge u. Sohn in Erlangen.

# Inhaltsübersicht

## zum zweiten Bande.

## IV. Buch.

## Der ordentliche Proceß vor den Bezirksgerichten.

### I. Theil.

### Das contradictorische Verfahren.

## II. Theil.

## Das Ungehorsamsverfahren.

## V. Buch.

### Das ordentliche Verfahren vor den Handels- und Einzelngerichten.



## VI. Buch.

### Die außerordentlichen Verfahrensarten.

## VII. Buch.

## Von den Rechtsmitteln.

## VIII. Buch.

## Proceßverbindungen.

## IV. Buch.

# Das ordentliche Verfahren vor den Bezirksgerichten.

---

## I. Theil.

# Das contradictorische Verfahren.

## I. Abschnitt.

# Proceßeinleitung.

## I. Hauptstück.

# Klagserhebung.

## I. Capitel.

### Klageschrift [1]).

### §. 277.

Die bisherige Darstellung hatte diejenigen Proceßhandlungen zum Gegenstand, welche den verschiedenen Verfahrensarten gemeinsam sind. Dabei wurden diese Proceßhandlungen einzeln d. h. ohne Rücksicht auf ihre processuale Verbindung unter sich erörtert.

Es erübrigt, die erwähnten allgemeinen Normen durch die Darstellung jener besonderen processualen Acte zu ergänzen, welche den einzelnen Verfahrensarten eigen sind. Zugleich ist zu zeigen, wie das aus diesen besonderen und jenen allgemeinen Grundsätzen gewonnene Material zu einem individuellen Ganzen zusammengefügt wird, mit andern Worten, in welcher Form und Aufeinanderfolge sich die möglichen Partei=

---

1) Quellen zu Artikel 224 Pr. O:
Abg. Ref. II, 91—93.
Abg. Prot. II, 4—6, 114—115, 140, 450; IV, 69, 75, 121.
R. Ref. I, 3—5; II, 106.
R. Prot II, 8—21; IV, 34.
Quellen zu Artikel 225 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 91—93.
Abg. Prot. II 4—5, 13, 115, 140, 450.
R. Ref. I, 3—5.
R. Prot. II, 8—21.
Vgl. hannöv. Prot. 27—34, 69—82, 532—534, 2621—2658.
Mittermaier a. a. O. II, 70—85.
Leonhardt a. a. O. 18—38, 122—127.
Aphorismen 7—9, 33 - 34, 34—37.
Arnold a. a. O. 70—75.
Bomhard a. a. O. 12—13, 15, 16, 61—66.
Zinks Sachverhalt 153—156, insbesondere Anm. 29.
Preußischer Entwurf §§. 295 folg.

und Richterhandlungen zu einem concreten Proceß (Rechtsstreit, judicium) gestalten.

I. Das Civilproceßverfahren ist nicht eines und dasselbe bei allen damit befassten Gerichten noch für alle darin zu behandelnden Sachen.

Die besondere Beschaffenheit der letzteren wie die hienach verschieden gestaltete Verfassung der ersteren machen eine Mannigfaltigkeit von Verfahrensarten zur Feststellung der richterlichen Ueberzeugung von der Existenz bestrittener Rechtsansprüche nöthig.

Wie das gemeindeutsche Proceßrecht zeichnet die bayerische Proceßordnung vor Allem eine Cognitionsweise vor, welche auf die gemeinhin vorkommenden Fälle bemessen ist, daher regelmäßig zur Anwendung kommt. Sie heißt die ordentliche, cognitio ordinaria, processus ordinarius, solennis, ordentliches Verfahren, ordentlicher Proceß.

Der ordentlichen Cognition gegenüber stehen die außerordentlichen Cognitionen. Sie kommen nur für besondere, eigenthümlich geartete Civilproceßfälle zur Anwendung.

Der Grund für die besondere Behandlung dieser Sachen liegt im concurrirenden Interesse bald der öffentlichen Ordnung (Eheproceß, Verfahren über Auflaufsschäden, Provisional- und Besitzproceß), — bald des allgemeinen Verkehrs (Wechsel- und Provisionalproceß), der Proceßökonomie (Verfahren auf bedingten Zahlungsbefehl und bei gerichtlichen Entscheidungen auf einfache Vorstellung) [2]), — bald der Sicherung des Credits, der Erhaltung von Vertheidigungs- und Beweismitteln (Provocationsproceß, Verfahren auf Anerkennung von Privaturkunden).

Das charakteristische Merkmal der außerordentlichen Cognition tritt darin hervor, daß sie in wesentlichen und principiellen Puncten vom ordentlichen Verfahren abweicht, und dies zwar nicht blos in der Einleitungsform, durch welch' letztere allein sich das abgekürzte vom regelmäßigen Verfahren des ordentlichen Anwaltsprocesses (vergl. Ziff. III) unterscheidet. Jene Abweichungen halten sich übrigens bei der Mehrzahl der außerordentlichen Procedurarten immer noch auf der normalen Grundlage der mündlichen Verhandlung. Bei zweien derselben ist auch diese Grundlage verlassen. (Schriftlicher Proceß, Verfahren auf einfache Vorstellung und bedingten Zahlbefehl.)

Dagegen ist Beschleunigung des Verfahrens keineswegs der besondere Grund und das eigenthümliche Ziel der außerordentlichen Proceßarten. Bei der Mehrzahl derselben ist der Proceßgang unter allen Umständen nicht kürzer als jener des ordentlichen Verfahrens. Selbst der rasche Gang des Verfahrens beim Wechselproceß kann nicht als der eigenthümliche Grund dieser Proceßart angesehen werden. Nur beim Provisionalproceß, insoweit er vor Gerichts- und Senatsvorständen verläuft, tritt das Moment der Beschleunigung besonders hervor. Doch gewährt auch das ordentliche Verfahren bei Gefahr auf Verzug erhebliche Beschleunigung im sog. abgekürzten Anwaltsproceß, wie vor Einzeln- und Handelsgerichten durch Abkürzung der Ladungsfrist rc. Uebrigens erscheint das handels- und einzelngerichtliche Verfahren an sich schon als ein beschleunigtes.

---

2) Das Mandatsverfahren bezielt die Abwendung eines förmlichen Processes in Fällen, in welchen der Klagsanspruch nicht bestritten, aber auch nicht erfüllt wird. Das Verfahren auf einfache Vorstellung hat die Regelung von gewissen im Proceß vorkommenden Nebenpuncten zum Gegenstand.

Anlangend die Gerichte, bei welchen die verschiedenen Proceßarten vorkommen, so muß unterschieden werden:

A. Das ordentliche Verfahren, welches ein anderes ist

1) vor den Bezirksgerichten (Hpst. VI—XVI der Proceßordnung) und wieder ein anderes

2) vor den Handels- und Einzelngerichten (Hpst. XVII der Proceßordnung),

B. das außerordentliche Verfahren und zwar

1) der Wechselproceß, welcher nur vor den Handelsgerichten, der Eheproceß, welcher nur vor den protestantischen Ehegerichten diesseits des Rheins und vor den Bezirksgerichten der Pfalz, das Verfahren über Auflaufsschäden, welches nur bei Bezirksgerichten, und der Mandatsproceß, welcher nur bei Einzelngerichten zur Anwendung kommt.

2) Die übrigen außerordentlichen Verfahrensarten aber kommen bei gegebenen Voraussetzungen vor allen Arten von Gerichten zur Anwendung. Nur der Wirkungskreis der protestantischen Ehegerichte diesseits des Rheins ist auf den Eheproceß beschränkt.

II. Ohne Unterschied ob in einer ordentlichen oder außerordentlichen Verfahrensart verhandelt wird, heißt das Verfahren vor den Handels- und Einzelngerichten Parteiproceß, weil hier die Parteien allein oder mit einem Beistand auftreten oder sich durch Bevollmächtigte jeder Art vertreten lassen können; das Verfahren vor den übrigen Gerichten der Anwaltsproceß, weil hier die Parteien, soweit das Gesetz nicht eine Ausnahme gestattet, sich durch Anwälte vertreten lassen müssen [3]).

III. Die ordentliche Cognition bei den Bezirksgerichten zerfällt in das regelmäßige Verfahren [4]) und in das abgekürzte (summarische) Verfahren [5]).

Jenes ist für alle Sachen bezirksgerichtlicher Zuständigkeit schlechthin anwendbar, dieses für dieselben Rechtsstreitigkeiten dann, wenn Gefahr auf Verzug besteht.

Das abgekürzte Verfahren selbst unterscheidet sich vom regelmäßigen nur in der Form der Einleitung der Verhandlung, also weder principiell durch Alterirung von Proceßgrundnormen, wie die außerordentliche Cognition, noch durch den ganzen Verlauf des Processes. Vielmehr ist das abgekürzte Verfahren in Ansehung der Klagserhebung, der mündlichen Verhandlung, Beweiserhebung und Aburtheilung der Sache völlig gleich dem regelmäßigen.

Eben deshalb erscheint aber das abgekürzte Verfahren nicht sowohl als eine eigene selbständige Procedurart, sondern als blose Modification der Proceßeinleitung im ordentlichen regelmäßigen Verfahren der Bezirksgerichte. Nicht anders verhält es sich mit der Abkürzung des einzeln- und handelsgerichtlichen Verfahrens mittels richterlicher Beschränkung der regulären Vorladungsfrist. Hienach ist auch die Stellung der Lehre vom abgekürzten Verfahren in diesem Handbuche bemessen.

IV. Die Verhandlung gleichviel, in welchem Verfahren und vor wel-

3) Artikel 78 und 79 Pr. O.

4) Artikel 224—258 Pr. O. Der Ausdruck „Regelmäßiges Verfahren" wird in Artikel 261 Absatz 1 d. Pr. O. gebraucht.

5) Artikel 259—261 Pr. O.

chem Gerichte sie stattfindet, soll eine zweiseitige, sie kann aber auch eine blos einseitige sein.

Es ist zwar ein Grundgebot jedes processualen Verfahrens, beide Parteien zu hören. Allein dies ist doch nur eine dem Gerichte obliegende Pflicht. Sie ist nicht identisch mit der Verbindlichkeit der Parteien, sich auch vernehmen zu lassen.

Macht jede Partei von dem Rechte gehört zu werden in der That Gebrauch: so spricht man von einer zweiseitigen oder contradictorischen Verhandlung.

Macht nur eine der Parteien von dem Anspruche auf rechtliches Gehör Gebrauch, während die andere sich nicht vernehmen läßt: so hindert diese Renitenz die Aburtheilung der Sache nicht. Das Princip des sog. rechtlichen Gehörs setzt zu rechtswirksamer Aburtheilung nicht voraus, daß jede Partei wirklich gehört wurde, sondern nur, daß sie sich in der Möglichkeit befand zu handeln, daß ihr das rechtliche Gehör, im Falle sie davon Gebrauch machen wollte, nicht entzogen wurde. Ebensowenig hindert das Nichthandeln — von der Proceßordnung mit „Nichterscheinen" und im Hinblick auf seine Folgen mit „Versäumung" bezeichnet — seitens der einen Partei, daß die andere Partei gleichwohl vor Gericht handle. Diese Verhandlung ist eben dann eine einseitige. Sie wird als Ungehorsams- oder Versäumungs-Verhandlung bezeichnet.

Hienach wird der Proceß in das contradictorische und in das Ungehorsams-Verfahren eingetheilt.

V. Das contradictorische Verfahren im ordentlich-regelmäßigen Anwaltsprocesse zerfällt in drei Haupttheile:

1) Die Proceßeinleitung, bestehend in der Erhebung des Rechtsstreits und in der Vorbereitung und Veranlassung seiner mündlichen Verhandlung vor Gericht.
2) Die mündliche Verhandlung der Sache in der öffentlichen Sitzung des Gerichts, umfassend die Geltendmachung der Thatsachen und Beweise, sowie die rechtliche Begründung der auf Verurtheilung wie Freisprechung erhobenen Anträge.

   Diese Verhandlung ist nur eine einzige, wenn daraufhin sofort ein Endurtheil folgen kann. Ist dies nicht der Fall, weil wegen Illiquidität der Beweise vorerst die Erhebung der letzteren geboten erscheint, so schließt jene erste Verhandlung mit einem Urtheil auf Beweiszulassung. Diesem folgt nach Erhebung der Beweise die Schlußverhandlung der Sache. Schlußverhandlung auf Beweisinterlocut. Zeigt sich auch hiebei die Sache noch nicht endurtheilsreif, so wird entweder das Beweisurtheil wiederholt oder ein Interlocut auf Eidesleistung erlassen, worauf die Schlußverhandlung der Sache folgt. Schlußverhandlung auf Eidesinterlocut. Ist von vorneherein von Beweismitteln nur der Eid gebraucht, so schließt sich das Eidesinterlocut unmittelbar an die erste Verhandlung an.
3) Die Beendigung des Rechtsstreits durch Urtheil, ausnahmsweise in anderer Art, durch Vergleich, Abstand &c.

Die Proceßeinleitung begreift also diejenigen Handlungen, welche der mündlichen Verhandlung der Sache vorhergehen. Die Erhebung des Rechtsstreits geschieht durch die Klagestellung; die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftenwechsel über die Streitpuncte und

durch Mittheilung der zu benützenden Urkunden unter den Parteien; die Veranlassung der mündlichen Verhandlung durch Anmeldung der Sache bei Gericht zum Zwecke der Constatirung des Streitverhältnisses und der Festsetzung der Verhandlungstagfahrt.

Von diesen viererlei, die mündliche Sachverhandlung einleitenden Proceßhandlungen finden die drei ersteren, Klagserhebung, Schriftenwechsel und Urkundenmittheilung ohne Angehung des Gerichts lediglich unter den Parteien statt, Proceßeinleitung unter den Parteien, — die vierte aber bei bezw. vor Gericht, Proceßeinleitung vor Gericht.

## §. 278.

Die Erhebung der Klage bildet den ersten Proceßact, überhaupt jenen Act, welcher den Streit der Parteien zum Proceß macht. Sie ist zugleich die erste Handlung in der Proceßeinleitung unter den Parteien.

Die Klagserhebung fordert zwei Handlungen, die Fertigung der Klageschrift und die Zustellung derselben an die beklagte Partei.

„Die Klage wird dadurch erhoben, daß der Kläger die Klage„schrift dem Beklagten zustellen läßt" [1]).

Die Erfordernisse der Klageschrift sind theils materielle, theils formale.

I. Die Klageschrift hat die Rechtsbehauptung, Geschichtserzählung und Sachbitte des Klägers zu enthalten.

1) Die Rechtsbehauptung besteht in der Angabe des Rechtsanspruchs, welchen der Kläger verfolgt, bezw. der Verbindlichkeit, deren Erfüllung vom Beklagten verlangt wird. Fundamentum proximum, nächster Klagsgrund. Dieser Anspruch muß bezeichnet werden:

a) nach seinem Gegenstand. Es ist mit andern Worten das Object anzugeben, welches den Gegenstand des verfolgten Rechts bildet, die individuelle Sache, welche oder an welcher das betreffende Recht angesprochen wird, z. B. Geld oder andere Sachen, Mobilien, Grundstücke, Gebäude, unter Umständen z. B. bei Servitutstreitigkeiten auch das Object, für welches der Anspruch erhoben ist, das dienende wie das herrschende Grundstück u. s. w.

Dies ist es, was die Proceßordnung unter der „Bezeichnung des Streitgegenstandes" versteht [2]),

Es genügt, wenn die Beschreibung (designatio rei) hinreicht, um Zweifel über die Identität des Gegenstandes für jetzt und später auszuschließen. Bei Immobilien insbesondere ist eine Beschreibung des betreffenden Grundstücks nach Steuerdistrict, Plannumer, Lage, Begränzung, Art der Bewirthschaftung (Acker, Wiese, Wald), der einschlägigen Gebäude nach ihrer Bestimmung, Hausnumer, Straße zwar immer räthlich, doch nicht unter allen Umständen geboten [3]).

b) Der verfolgte Anspruch muß nach seinem Umfang bezeichnet werden, je nach den besonderen Verhältnissen durch Angabe der Summe, der Fläche, des Maßes, Gewichtes 2c., und dieses sowohl in Haupt- als Nebensache. Kömmt es z. B. in Servitut-

1) Artikel 224 Pr. O.
2) Artikel 225 Pr. O.
3) Abg. Prot. II, 45.

streitigkeiten auf eine bestimmte Oertlichkeit der Ausübung an, so ist diese entsprechend zu fixiren, allenfalls durch Beifügung eines Planes &c.

Die Proceßordnung will dieses Erforderniß mit den Worten ausdrücken, „genaue Bezeichnung des Streitgegenstandes“ [4]).

Uebrigens hat die Bezeichnung des Streitgegenstandes nicht nothwendig einen selbständigen Theil der Klageschrift zu bilden. Sie kann mit dem Gesuche oder der Geschichtserzählung verbunden werden [5]).

c) Der Klagsanspruch ist nach seinem Rechtsgrund [6]) d. i. nach seiner juristischen Natur (rechtliche Qualität) zu bezeichnen. Es muß die Art des Rechts, ob ein dingliches Recht und welches z. B. Eigenthum, dingliches Sonderrecht, Realrecht, oder ob ein persönliches Recht und welches z. B. Darlehen, Depositum vom Beklagten beansprucht werde, angegeben sein. Denn aus einer und derselben Thatsache &c. können verschiedene Ansprüche zugleich erwachsen.

Verschieden von der Angabe des verfolgten Rechts ist der technische Name der erhobenen Klage. Dieser ist nicht erforderlich. Welche Klage gestellt sei, ergiebt sich aus Rechtsgrund und Gesuch [7]).

2) Die Klagschrift soll eine vollständige Darstellung der den Klaganspruch begründenden Thatsachen [8]) mit anderen Worten eine sog. Geschichtserzählung [9]) enthalten. Fundamentum agendi remotum, entfernter Klagsgrund. Hiezu gehört:

a) Die Angabe aller Thatsachen, aus welchen das eingeklagte Recht an sich entstanden ist, einschließlich ihrer örtlichen und räumlichen Modalitäten und der Einhaltung der etwa zur wirksamen Rechtsentstehung gesetzlich gebotenen Sollennitäten z. B. der Protokollirung eines Immobiliarvertrags in den diesrheinischen Landestheilen.

Die Nichtexistenz von Thatsachen, welche, wenn bei der angeblichen Entstehung des Rechts vorhanden, dessen Entstehung oder Wirksamkeit gehindert hätten, ist eben so wenig als die Fortdauer des einmal entstandenen Rechts darzulegen.

Die Bestimmung des Codex jud. aber, wonach bei dinglichen Klagen die Angabe des fundamentum proximum genügte, ist durch Artikel 225 der neuen Proceßordnung aufgehoben. Es müssen auch hier die Thatsachen der Rechtsentstehung in der Klagschrift bezeichnet werden. Beruht ein dingliches Recht auf mehreren Entstehungsgründen, deren jeder für sich allein zur Begründung genügt, so wird es nicht zuläßig sein, vorerst den einen durchzustreiten und dann die übrigen zum Gegenstand neuer Pro-

---

4) Artikel 225 Pr. O.
5) Abg. Prot. II, 115.
6) Artikel 225 Pr. O.
7) Vgl. §. 171.
8) Artikel 225 Pr. O.
9) Vgl. §. 167.

cesse zu machen. Denn die Proceßordnung schreibt die Angabe des Rechtsgrunds und der d. h. aller Thatsachen vor; überdies wird im Endurtheile nicht sowohl über die Erwerbsgründe als über das eingeklagte dingliche Recht selbst erkannt. Allerdings ist aber eine Klagserneuerung in dem Falle statthaft, wenn der anderweite thatsächliche Erwerbsgrund erst während des Laufs [10]) oder nach Beendigung des bisherigen Processes entstanden ist [11]).

b) Die Angabe aller Thatsachen, aus welchen das betreffende Recht dem Kläger in seiner Person und gegen den dermaligen Beklagten erworben worden ist, insoferne nach Sachlage neben den unter Lit. a erwähnten solch' besondere Thatsachen gegeben sind. Activ- und Passivlegitimation [12]).

Die Angabe der persönlichen Eigenschaften, welche zum Rechtserwerb allgemein erforderlich sind, z. B. der Willensfähigkeit ꝛc. ist unnöthig.

c) Die Angabe der Thatsachen, welche den Rechts- zum Klaganspruch machen, der Thatsachen der Rechtsverletzung. Jus agendi.

Die Frage, welche Verletzung oder Störung Anlaß zur Klage giebt, gehört in's Civilrecht. Im Allgemeinen ist, wenn die Klage eine Leistung bezielt, das Assert der Unterlassung und wo Mahnung erforderlich, das Assert der Unterlassung trotz Mahnung, — wenn die Klage vom Beklagten ein Dulden oder Gestatten fordert, die Behauptung beklagtischer Abwehr, — wenn die Klage auf ein Unterlassen gerichtet ist, das Assert positiven Zuwiderhandelns geboten. Die Angabe des jus agendi ist um so nothwendiger, wenn aus der Verletzungsthatsache besondere Forderungen neben dem Hauptanspruch abgeleitet werden z. B. Verzugszinsen. Bei dinglichen Klagen besteht die Rechtsverletzung im Allgemeinen im dermaligen Besitze des Beklagten. Bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen ist nach gemeinem Recht die Behauptung, daß der Kläger seinerseits erfüllt habe, in der Klageschrift nicht erforderlich.

Ein Nachweis über fruchtlos versuchte Sühne braucht der Klagschrift nicht beigelegt zu werden [13]).

Eine Sondervorschrift für Klagen gegen den k. Fiscus enthält Artikel 176 der Proceßordnung [14]).

---

10) Da der Kläger durch das Verbot der Klagsänderung gehindert ist, diesen neuen Erwerbsgrund im anhängigen Rechtsstreite nachzutragen. Artikel 180 Pr. O. Vgl. §. 286.

11) Die hannöverische Commission hat dies als ins Civilrecht gehörig übergangen.
Wernz a. a. O. S. 302 Nr. 4 vertritt die Ansicht, daß die Abweisung einer Klage nicht hindere, das nämliche Recht aus einem selbständigen neuen Klagsgrunde geltend zu machen, weil die Proceßordnung eine genaue Bezeichnung der causa remota verlange.

12) Legitimatio ad causam.
Einer legitimatio ad processum bedarf der Anwalt nicht. Vgl. §. 139.
Wird aber die Klage von einem gesetzlichen Vertreter oder von Personen erhoben, die einer besonderen Ermächtigung zur Proceßführung bedürfen, so muß der erforderliche Nachweis in beiderlei Richtung mit der Klageschrift zugestellt werden. Vgl. §§. 120 ff.

13) Artikel 221—223 Pr. O.

14) Vgl. §. 171.

3) Die Klagschrift muß endlich das Sachgesuch des Klägers in den Haupt- und Nebenpuncten [15]) mit genauer Angabe seines Gegenstandes, Inhalts und Umfangs enthalten. Der Umstand, daß der Proceßgegenstand nach diesen verschiedenen Richtungen schon in der Rechtsbehauptung bezeichnet sein muß, macht diese Angabe an sich nicht überflüssig, da der Kläger schließlich auch weniger begehren kann, als wozu er berechtigt ist. Doch genügt, wo letzteres nicht der Fall, im Gesuch auf die vorhergehende Bezeichnung des Streitgegenstandes Bezug zu nehmen [16]).

Das Nähere hinsichtlich der Sachbitte, sowie der Folgen der Zuvielforderung in ihren verschiedenen Formen (plus petitio re, tempore [17]), loco, causa) ist bereits früher erörtert worden. Vergl. §§. 156, 170, 171, 236.

Die Proceßbitte um Einleitung einer bestimmten Verfahrensart ist kein Erforderniß der Klageschrift. Der materielle Inhalt der deutschrechtlichen Proceßbitte erscheint in der Zustellungsurkunde über die Klageschrift [18]), der Anmeldung der Sache zur Verhandlung, der Vorladung des Gegners hiezu u. s. w. [19])

II. Die formalen Erfordernisse der Klageschrift beziehen sich theils auf die Schrift (äußere Erfordernisse) theils auf die entsprechende Darstellung im Vortrage (innere Erfordernisse).

1) Was die ersterwähnten Erfordernisse betrifft, so muß die Klage

a) durch einen Schriftsatz, — die Klageschrift erhoben werden. Dies schreibt die Proceßordnung absolut vor. Die Klagserhebung im Anwaltsproceß kann nicht durch eine blose, wenn auch mit Motiven und Petitum versehene Vorladung mittels Gerichtsvollzieheracts geschehen [20]). Hiedurch unterscheidet sich der Anwalts- vom Parteiprocesse, in welchem die Klagserhebung durch Gerichtsvollzieheract stattfindet [21]), weil es hier kein schriftliches Vorverfahren und keinen Anwaltszwang giebt.

b) Die Klagschrift muß von dem zur Vertretung des Klägers bestellten Anwalte gefertigt sein [22]), d. h. die Klagserhebung muß für alle Sachen ohne Ausnahme durch Anwaltsact (Schriftsatz des Anwalts vgl. Artikel 165) geschehen. Dies ist eine zweite Besonderheit des Anwaltsprocesses, da die im Verfahren vor Handels- und Einzelngerichten vorkommenden schriftlichen Erklärungen auch von Nichtadvocaten gefertigt werden können. Die Klagserhebung ist an sich schon ein besonders präjudicieller Act. Von der zweckmäßigen Wahl unter verschiedenen Klagen hängt oft deren Erfolg ab. Ein schlecht eingeleiteter Proceß ist nicht immer wieder in Ordnung zu bringen. Dies gilt in erhöhtem Maß

15) Artikel 225 Pr. O.
16) Abg. Prot. II, 115.
17) Vgl. Artikel 830 Pr. O.
18) Artikel 226 Pr. O. Vgl. §. 279.
19) Vgl. §. 170.
20) Ebensowenig ist Artikel 504 im Anwaltsprocesse (bei etwaigem Erscheinen beider Anwälte) anwendbar.
21) R. Ref. I, 4; R. Prot. II, 9, 12—14.
22) Artikel 225 Pr. O.

von der Klageschrift im Anwaltsproceß. Hier handelt es sich um bedeutendere Gegenstände, eine kostspieligere Procedur. Die Abfassung der Klagschrift erheischt, wie ein Vergleich zwischen Artikel 225 und 501 der Proceßordnung zeigt, ein tieferes Eindringen in die Sache als die Fertigung einer Klagsvorladung. Solchen Schwierigkeiten ist nicht der Gerichtsvollzieher, sondern der Anwalt gewachsen. Deshalb ließen sich bisher schon die Gerichtsvollzieher der Pfalz Klagsvorladungen im Anwaltsprocesse [23]) von dem klägerischen Anwalt entwerfen [24]).

Einer besonderen Erklärung des Anwalts in der Klageschrift darüber, daß er den Kläger in diesem Rechtsstreit vertrete, bedarf es nicht, da sich dies aus der Anfertigung und Unterzeichnung der Klageschrift durch ihn ohnehin ergiebt [25]).

Wo der Kläger selbst Advocat ist und bei gegebenen Voraussetzungen seine Sache führt, oder wo in gesetzlich zulässiger Weise der k. Fiscus durch Fiscale vertreten wird [26]), gilt die Eingangsbestimmung des cit. Artikel 225 vom Kläger bezw. dem betreffenden Fiskale [27]).

c) Als Schriftsatz muß die Klage alle für Schriftsätze überhaupt erforderlichen Eigenschaften haben, wie sie der Artikel 165 der Proceßordnung vorschreibt [28]). Vgl. §. 257.

2) Anlangend die inneren Erfordernisse der Klageschrift, so soll sie eine gedrängte aber vollständige und deutliche Darstellung der den Klagsanspruch begründenden Thatsachen geben [29]).

Dagegen ist weder die abschriftliche Beifügung der auf die Klage bezüglichen Beweisurkunden, noch auch nur ein Verzeichniß derselben mit etwa summarischer Inhaltsangabe zur Klageschrift nothwendig. Denn für die gegenseitige Mittheilung von Urkunden geben schon die Artikel 172—175 der Proceßordnung Maß und Ziel. Da die Urkunden im Originale mitgetheilt werden, wollte von der Proceßordnung die kostspielige Zustellung von Abschriften erspart und das Verfahren vereinfacht werden [30]).

Hiemit sind die Erfordernisse der Klageschrift erschöpft. Es kann sich nur noch fragen, welche rechtlichen Folgen der etwaige Mangel eines solchen materiellen oder formellen Erfordernisses hat, ob insbesondere ein dergleichen Mangel [31]) nothwendig und unter allen Umständen die Nichtigkeit der ganzen Klageschrift involvirt.

Diese Frage ist zu verneinen. Es besteht keine besondere ausdrückliche Vorschrift, welche jede Unterlassung in Bezug auf Artikel 225 der Proceßordnung mit der Folge der Nichtigkeit der Klageschrift

---

23) Solche sind im französischen Recht auch für den Anwaltsproceß vorgeschrieben.
24) R. Ref. I, 4; R. Prot. II, 9, 12—14.
25) Artikel 225 Pr. O. und Abg. Prot. II, 4.
26) Artikel 79 Absatz 3 Pr. O.
27) Artikel 79 Absatz 4 Pr. O.
28) Abg. Prot. II, 4.
29) Artikel 225 Pr. O. Vgl. Artikel 165 und §. 257.
30) Abg. Prot. II, 4; R. Prot. II, 19—20. Vgl. §§. 295 ff.
31) Welcher mit der Einrede proceßordnungswidriger Ladung geltend zu machen wäre. Artikel 186 Ziffer 2 Pr. O.

bedroht. Es findet demgemäß die allgemeine Norm des Artikel 218 Abs. 2 der Proceßordnung Anwendung. Hienach aber ist nur jener Act nichtig, der nicht dasjenige enthält, was nach richterlichem Ermessen zu seinem Wesen gehört. Unterlassungen in Bezug auf Artikel 225, welche keinen wesentlichen Einfluß auf das Urtheil auszuüben geeignet sind, begründen daher auch keine Nichtigkeit der Klageschrift. Nicht minder kann selbst ein wirklicher und wesentlicher Mangel der Klageschrift im Laufe des schriftlichen Vorverfahrens sowohl als der mündlichen Verhandlung noch vom Kläger gehoben werden, unbeschadet allerdings der Vorschriften über das Verbot der Klagsänderung und der Tragung der besonderen Kosten, welche durch nachträgliche Ergänzung der Klageschrift erwachsen sind [32]).

## II. Capitel.

## Zustellung der Klageschrift.

### §. 279 [1]).

Die zweite Handlung, welche zur vollendeten Klagserhebung gehört, ist die Zustellung der gefertigten Klageschrift an die beklagte Partei [2]).

Die Klage wird dadurch erhoben, daß der Kläger die Klageschrift dem Beklagten zustellen läßt [3]).

Diese Vorschrift enthält zwei wichtige Principien [4]), den Ausschluß der richterlichen Proceßleitung außerhalb der Sitzung und den Grundsatz, daß die Fixirung (Anberaumung) der Verhandlungstagfahrt nicht sofort nach erhobener Klage, sondern erst nach vollständig durchgeführtem Schriftenwechsel rc. zu erfolgen hat [5]).

Jede Mitwirkung, Beeinflussung oder Cognition des Richters über die vorbereitenden Proceßschriften ist ausgeschlossen. Jede Verfügung über Zulassung oder Nichtzulassung der Klageschrift insbesondere ist damit abgeschnitten, daß die Klageschrift nur dem Beklagten zugestellt, bei Gericht aber gar nicht eingereicht wird [6]). Hieraus ergiebt sich die Unstatthaftigkeit wie die Unmöglichkeit der sogenannten Klagabweisungen a limine ju-

---

32) Abg. Prot. II, 5.

1) Quellen zu Artikel 224 Pr. O. sieh' bei §. 277.
Quellen zu Artikel 226 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 92—93; III, 33.
Abg. Prot. II, 5—6, 115, 140; IV, 69.
R. Ref. I, 3—5.
R. Prot. II, 8—21.
Stenographische Berichte der Abg. Kammer v. J. 1869 Nr. 127 S. 471, 484.
Vgl. hannöver. Prot. 1479—1480.

2) Zustellung von Partei zu Partei. Vgl. §. 263 Ziff. II. Ausnahmen bietet u. A. das Vollstreckungsverfahren. Vgl. Artikel 852 Absatz 3 Pr. O.

3) Artikel 224 Pr. O.

4) Vgl. Abg. Ref. II, 92, 93; Abg. Prot. II, 5—6.

5) Ueber die der Gesetzgebungspolitik angehörigen Gründe für und gegen diese Principien vgl. Abg. Ref. II, 92, 93; Abg. Prot. II, 5—6 und die dortigen Citate.

6) Eine Ausnahme macht Artikel 656 der Pr. O. für das Verfahren in protestantischen und Dissidentenehestreitigkeiten in den Landestheilen diess. d. Rhs.

dicii [7]). Seinen inneren Grund hat dieser Ausschluß der richterlichen Proceßleitung darin, daß die mündliche Verhandlung allein das für die Beurtheilung maßgebende Material zu liefern hat, das schriftliche Vorbereitungsverfahren aber hiezu nur im präparatorischen Verhältnisse steht [8]). Die Klagsabweisung a limine wegen mangelhafter Substancirung insbesondere würde jeder Bedeutung entbehren, da der Kläger den bezüglichen Mangel ja noch in seinem motivirten Antrage und selbst bei der Verhandlung verbessern kann, vorbehaltlich natürlich der Bestimmungen über Klagsänderung. Aber auch die Zulassung einer Klagsabweisung a limine wegen zweifellos mangelnder Zuständigkeit des Gerichts, etwa auf Vortrag des Vorsitzenden in geheimer oder öffentlicher Sitzung ohne Gehör des Beklagten wurde von der hannöverischen Commission (Prot. 1470—1479) mit Recht abgelehnt, weil mit dem Principe der Mündlichkeit unvereinbar und zu verzögerlichen Rechtsmitteln Anlaß gebend.

Die Fixirung der Verhandlungstagfahrt erst nach durchgeführtem Schriftenwechsel beugt Vertagungen und Verschleppungen der Verhandlung wegen mangelnder Vorbereitung der Partcien vor.

Anlangend den Modus des Zustellungsactes, so gelten hiefür zunächst die allgemeinen Vorschriften über Zustellungen in den Artikeln 192—206 der Proceßordnung. Vgl. §§. 259—263.

Außer den allgemeinen Erfordernissen jedes Zustellungsacts aber hat die Urkunde über Zustellung der Klageschrift weiter zu enthalten die Aufforderung an die Gegenpartei innerhalb der gesetzlichen Frist:

1) aus den am Sitze des Proceßgerichts wohnenden und zur anwaltschaftlichen Vertretung zugelassenen Advocaten einen Anwalt zu bestellen [9]) und
2) durch den hienach bestellten Gegenanwalt von dessen Bestellung dem Anwalte des Klägers Anzeige zu machen [10]), arg. voce „durch ihn Anzeige machen zu lassen" [11]).

Da diese Aufforderung kein Erforderniß der Klageschrift, sondern einen Bestandtheil der Zustellungsurkunde bildet, so hat solche auch nicht schon in der Klageschrift, sondern erst in der Zustellungsurkunde ihre Stelle zu finden [12]).

Um übrigens den rechtsunkundigen Beklagten nicht in Zweifel zu lassen, wie lange er zur Bestellung seines Anwalts Zeit habe, muß in der Zustellungsurkunde zugleich die genaue Angabe enthalten sein, wie lange die Erscheinungsfrist (acht Tage vom Tage der Klagszustellung) [13]) unter Berücksichtigung bezw. Hinzurechnung der etwa nach Artikel 209 für entfernt oder unbekannt wo wohnende Beklagte stattfindenden Erweiterung

---

7) Im Falle des Artikel 656 der Pr. O. ist consequent Klagsabweisung a limine zugelassen. Vgl. Absatz 2.
8) Abg. Ref. II, 93.
9) Diese Formel braucht nicht geändert zu werden, wenn der Beklagte ein Advocat ist, der sich selbst vertreten darf, oder wenn der Fiscus beklagt und in der Lage ist, sich durch einen Fiscal vertreten zu lassen. Der Beklagte muß sein Recht kennen, wenn auch nicht nothwendig davon Gebrauch machen.
10) Artikel 226 Absatz 1 Pr. O.
11) Abg. Prot. IV, 69.
12) Abg. Prot. II, 4, 5.
13) Artikel 226 Absatz 2 Pr. O.

dauert [14]). Es genügt hiebei nicht, nur zu sagen, der Beklagte habe binnen gesetzlicher Frist einen Anwalt zu bestellen; es muß bemerkt werden, binnen wieviel Tagen oder bis zu welchem Tage längstens (Schlußtag der Frist) die Anwaltsbestellung vorzunehmen sei [15]).

Wenn endlich die Proceßordnung in Artikel 226 Abs. 1 die bereits in Artikel 79 Abs. 2 enthaltene Vorschrift wiederholt, daß der beklagtische Anwalt aus den am Sitze des Proceßgerichts angestellten Advocaten zu nehmen sei: so will mit dieser Wiederholung ausgedrückt werden, daß die Zustellungsurkunde den bezeichneten Beisatz ausdrücklich mit zu enthalten habe [16]), damit die etwa rechtsunkundige Gegenpartei auf ihre Verpflichtung aus Artikel 79 Abs. 2 sofort aufmerksam gemacht ist und nicht erst im Gesetzbuche hierüber Rath zu erholen braucht.

## §. 280 [1]).

Civil- und Proceßrecht knüpfen eine Reihe von Wirkungen an den Act der Klagszustellung und wieder andere an den Act der Antwort des Beklagten auf die Klage. Savigny hat [2]) de lege ferenda die Nothwendigkeit dargethan, alle diese Wirkungen an die Klagszustellung, womit der processuale Act der Klagserhebung vollendet wird, zu knüpfen. Hiemit stimmt auch unsere Proceßordnung überein.

Die Wirkungen der Klagserhebung sind theils processuale, theils materielle. Beide haben das gemein, daß sie die Disposition der Parteien mehr oder minder beschränken. Dieser Zustand der Beschränkung wird mit „Rechtshängigkeit" bezeichnet.

Rechtshängig wird die Sache auch in jenen Fällen, in welchen wie im Ehescheidungsproceß der Klagszustellung die Einreichung der Klage bei Gericht und deren Zulassung vorausgehen muß [3]), erst mit der Zustellung [4]).

---

14) Artikel 226 Absatz 3 Pr. O. In §. 272 Seite 770 unter lit. δ alinea 2 ist ein Versehen unterlaufen. Es ist das Wort „nicht" vor den gesperrt gedruckten Worten auf „diplomatischem Wege" einzuschalten, dagegen vor den Worten „aufgeführt sind" zu streichen. Der ganze Satz hat hienach zu lauten: Diese Fristerweiterungen gelten also für alle Fälle, in welchen die Weiterbeförderung der zugestellten Actenstücke nicht auf diplomatischem Wege stattzufinden hat, d. i. nach jenen ausländischen Staaten, die in Ziffer I der allegirten Ministerialentschließung vom 15. Juni 1870 aufgeführt sind rc.

15) Abg. Prot. II, 115.

16) Vgl. Abg. Ref. III, 33 mit Abg. Prot. IV, 69.

1) Quellen zu Artikel 177 Pr. O. sieh' bei §. 116.
Quellen zu Artikel 179 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 72—73.
Abg. Prot. I, 250, 285, 318; III, 91—92, 102—103.
R. Ref. LXXII.
R. Prot. I, 330—332.
Vgl. hannöver. Prot. 1480—1484, 1593—1596.
Bayer a. a. O. §. 188.
Savigny System VI S. 237—255.

2) System VI S. 237—257.

3) Artikel 656 Pr. O.

4) Abg. Prot. IV, 391.

Die Wirkungen der Klagserhebung für die Parteien werden durch die endliche Entscheidung der Sache im ersten Rechtszuge, so lange diese Entscheidung die Rechtskraft nicht beschritten hat, nicht unterbrochen [5]). Wird ein rechtskräftiges Urtheil auf ergriffene außerordentliche Rechtsmittel wieder aufgehoben z. B. auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, so ist auch in Ansehung der Wirkungen der Klagszustellung die durch jenes Urtheil eingetretene Unterbrechung als nicht geschehen zu betrachten.

Beim Streitabstande des Klägers fallen alle Wirkungen der Klagserhebung [6]).

I. Die processualen Wirkungen der Klagserhebung d. i. der Klagszustellung mit Vorladung [7]) sind folgende:

1) Der Kläger kann nicht mehr die Parteirolle des Beklagten wählen. Haben, wo dies nach der Natur der Klage zulässig ist, beide Theile dieselbe Klage gegenseitig gestellt, so ist diejenige Partei als Kläger zu betrachten, deren Klage zuerst zugestellt wurde.

   Ist dies ungewiß und treffen die Parteien keine Uebereinkunft, so entscheidet das Loos [8]).

   Das Nähere ist bereits in §. 116 gesagt.

2) Die Prävention unter mehreren competenten Gerichten.

   Die Streitsache sammt Allem was dazu gehört wird der Gerichtsbarkeit des erst angerufenen Gerichts mit Ausschluß anderer gleich zuständiger Gerichte, vor welche etwa eine spätere Ladung ergeht, unterworfen [9]).

   Das Nähere wurde in §. 112 erörtert.

3) Die Zuständigkeit des Gerichts für die Sache dauert fort bis zu deren Beendigung [10]), — gesetzt auch, daß noch im Laufe des Verfahrens der Gerichtsstand des Beklagten [11]) oder der die sg. Werthscompetenz des angegangenen Gerichts begründende Werth des Streitgegenstandes [12]) sich ändern sollte. Jurisdictio citatione perpetuatur. Perpetuatio fori. Diese Sätze beziehen sich also auf die Territorial- und Werthscompetenz, nicht auf die sg. absolute Competenz, von der in §§. 79 ff. die Rede war [13]).

   Natürlich erleidet die Regel der perpetuatio fori nach Artikel 179 Ziffer 2 der Proceßordnung in dem Falle eine Ausnahme, wenn im Laufe eines Processes Aenderungen des Jurisdictionsgebiets des angegangenen Gerichts von der Gesetzgebung oder der hiezu berechtigten Justizverwaltung mittels Verordnung vorgenommen werden. Wird in Ansehung der anhängigen Processe in solchem Falle nichts Anderes bestimmt, so gehen die betreffenden Sachen an dasjenige Gericht über, an welches sie vermöge der neuen Aemterorganisation gehören.

---

5) Artikel 179 Absatz 3 Pr. O.
6) Artikel 498 Pr. O.
7) Artikel 226 und 501 Ziffer 2 Pr. O. Eine blose Zustellung ohne Vorladung ist keine Klagserhebung und hat keine rechtlichen Wirkungen.
8) Artikel 177 Pr. O.
9) Artikel 179 Ziffer 1 Pr. O.
10) Artikel 179 Ziffer 2 Pr. O.
11) Bayer a. a. O. S. 560.
12) Abg. Prot. I, 40—41.
13) Vgl. Anmerkung 2 zu §. 80.

4) Der Beklagte hat die Befugniß eine Widerklage zu erheben [14]). Das Weitere bezüglich der Widerklage gehört in die Lehre von den Proceßconnexionen. Vgl. Buch VIII.

II. Anlangend die **materiellen** Wirkungen der Klagserhebung so gehören die Grundsätze darüber dem materiellen Actionenrechte an [15]). Sie sind also nach dem betreffenden Civilrechte, nicht nach Proceßrecht zu beurtheilen [16]). Die Proceßordnung gibt darüber nur bezüglich der Zeit ihres Eintritts eine allgemeine Bestimmung dahin, daß alle nach bürgerlichen Gesetzen an die Klagsanmeldung, die Vorladung oder Einlassung geknüpften Wirkungen bezüglich des Rechtsverhältnisses selbst, wie die Versetzung des Beklagten in Verzug oder bösen Glauben, das Verbot einseitiger Neuerung u. s. w., mit der Zustellung der Klage eintreten [17]).

Mit dem Ausdrucke „Vorladung" schließt die Proceßordnung jeden Zweifel darüber aus, daß auch die an die Zustellung des ersten Decrets auf die Klage (nach gemeindeutschem Recht) geknüpften Wirkungen mit der Klagserhebung im Sinne der neuen Proceßordnung eintreten sollen [18]).

Die materiellen Wirkungen der Klagserhebung im **Einzelnen** sind hienach folgende:

1) Die mit der erhobenen Klage bisher electiv concurrirenden anderen Klagen erlöschen [19]).
2) Die noch im Lauf befindliche Klagverjährung in Hinsicht des verfolgten Anspruchs wird unterbrochen und es beginnt eine neue Verjährung von 40 Jahren, angefangen von dem Zeitpuncte, in welchem etwa der Proceß liegen bleiben sollte [20]). Die allgemeine Fassung des Klagvortrags hindert die Unterbrechung der Klagverjährung nicht.
3) Auch die sg. erwerbende Verjährung wird unterbrochen.
4) Das Verbot einseitiger Neuerung greift Platz. Pendente lite nihil innovandum.

   a) Dieses Verbot schließt jede Veränderung der thatsächlichen Verhältnisse am Streitgegenstand, insbesondere am Besitzstande aus, welche nicht durch das Bedürfniß der Erhaltung der Sache unbedingt geboten ist. Es sind also selbst solche Neuerungen untersagt, welche zwar dem Gegner unnachtheilig, aber auch zur Erhaltung der Sache nicht nothwendig sind [21]).

   b) Veräußerungen des Streitgegenstandes (res bei binglichen, nomen bei persönlichen Klagen) insbesondere dürfen zufolge des Verbots einseitiger Veränderung nicht mehr vorgenommen werden. Ist dem entgegen einseitig eine Veräußerung des Streitgegenstands

---

14) Artikel 179 Ziffer 3 Pr. O.
15) Hannöver. Prot. 1619—1620.
16) Abg. Prot. I, 285.
17) Artikel 179 Absatz 2 Pr. O. Die aufgeführten Fälle sind exemplificativ.
18) Abg. Prot. I, 285.
19) §. 16 Inst. (4, 1); l. 3 §. 5 Dig. (4, 9); l. 5 §. 1 Dig. (3, 6); l. 7 Dig. (18, 3).
20) In den diesrheinischen Landestheilen Cod. jud. cap. III §. 9 Ziffer 5; vgl. Seufferts Comment. a. a. O. II, 145. Nach französischem Recht giebt es eine solche neue Verjährung nicht, auch wenn der Proceß liegen bleibt.
21) Abg. Prot. I, 250.

(res litigiosa) vorgenommen worden, so wird hiedurch der Lauf des Processes in keinem Falle unterbrochen [22]).

Wird der Proceß von den ursprünglichen Parteien ohne jede Einmischung des dritten Erwerbers fortgesetzt, so muß man unterscheiden, ob die veräußernde Partei den Proceß endlich gewinnt, oder verliert. Ersterenfalls und insoweit dieser Fall eintritt, bleibt die stattgehabte Veräußerung bei voller rechtlicher Wirksamkeit. Fällt aber das Urtheil gegen die veräußernde Partei aus, so muß der Dritte, welcher erst nach Erhebung des Rechtsstreits ein Recht an der streitigen Sache von einer der Parteien erworben hat, das Urtheil gegen sich gelten lassen, soweit nicht eine Ausnahme zu Gunsten der Besitzer beweglicher Sachen im Civilrechte begründet ist [23]).

Will aber der dritte Erwerber als nunmehr Betheiligter in den Streit eintreten, so kann er dies und muß dann den Streit in der Lage, in welchem er sich befindet, fortsetzen [24]).

5) Der bisher in gutem Glauben versirende Beklagte wird bei Klagen, welche gegen den Besitzer als solchen gehen, in bösen Glauben [25]), bei persönlichen Klagen in Verzug gesetzt und demgemäß allen nach den bürgerlichen Gesetzen hieraus entspringenden Verpflichtungen und nachtheiligen Folgen unterworfen [26]), welche zusammen man als die Verbindlichkeit zur **Haftung für omnis causa** bezeichnet.

Der als Besitzer belangte Beklagte hat hienach im Falle des Proceßverlustes nicht blos die Sache selbst herauszugeben, sondern auch die Früchte und sonstigen Zuwachs zu restituiren oder zu ersetzen, welche Jener während der Proceßdauer erworben hat oder hätte erwerben können und welche dem Kläger zugefallen sein würden, wenn er die Richtigkeit seines Anspruchs schon am Anfange des Processes sofort zur Anerkennung hätte bringen können.

Bei persönlichen Klagen namentlich auf Geldsummen ist der unterliegende Beklagte schuldig, Verzugszinsen von der Klagserhebung abwärts auch dann zu zahlen, wenn kein besonderer Grund einer Zinsverbindlichkeit vorhanden ist [27]).

6) Das sonst unvererbliche eingeklagte Rechtsverhältniß transmittirt sich activ wie passiv auf die Erben der versterbenden Parteien.

Nach bürgerlichem Rechte waren übrigens außer den voraufgeführten noch mehrere andere Wirkungen an die Litiscontestation geknüpft, wie die Haftung des detentor liti se offerens als fictus possessor, der Verlust des Wahlrechts des auf Erfüllung einer passiv-alternativen Obligation belangten Beklagten &c.

---

22) Artikel 493 Absatz 1 Pr. O.
23) Artikel 294 Pr. O. Vgl. §. 253. Weiteres hierüber im VIII. Buch.
24) Artikel 493 Absatz 2–5 Pr. O. Sieh' das Weitere hierüber bei der Lehre von der Mehrheit der Parteipersonen, der Unterbrechung des Verfahrens &c.
25) Cod. jud. cap. V §. 9 Ziffer 2; Cod. civ. Artikel 549, 550.
26) Abg. Ref. II, 73.
27) Code civ. Artikel 1153, 1155, 1207, 1479, 1682, 1904.
Kreittmayr Anmerkungen zum Cod. jud. S. 233; Seuffert a. a. O. II, 227; Bayer a. a. O. S. 562—564.

Wenn nun auch die Proceßordnung sagt, daß alle nach bürgerlichen Gesetzen an die Einlassung geknüpften Wirkungen bezüglich des Rechtsverhältnisses selbst künftighin schon mit der Zustellung der Klage eintreten sollen: so bezieht sich diese Vorschrift doch nicht auf die letzterwähnten Wirkungen, überhaupt nicht auf diejenigen Wirkungen der gemeinrechtlichen litis contestatio, welche durch eine mitwirkende eigene Willensthätigkeit des Beklagten bedingt sind [28]). Diese sowie gewisse andere processuale Wirkungen sind vielmehr auch nach der neuen Proceßordnung erst an die motivirten Anträge des Beklagten (im Allgemeinen gleich der Vernehmlassung nach deutschem Proceßrecht) geknüpft. Der Grund ist einleuchtend. Der im Artikel 179 Abs. 2 der Proceßordnung gebrauchte Ausdruck „Einlassung" will nur den Act der Einlassung bezeichnen. Wirkungen also, welche die bürgerlichen Gesetze an den Inhalt der Einlassung knüpfen, sind hier nicht gemeint. Der Inhalt der Einlassung kann ein sehr verschiedener sein. Je nach der Verschiedenheit des Einlassungsinhaltes ergeben sich verschiedene Wirkungen, welche selbstverständlich nicht schon vom Acte der Klagserhebung abhängig gemacht werden können. Es sind die in den §§. 286 ff. aufgezählten Wirkungen der motivirten u. U. auch der hinterlegten Anträge theils materiellen theils blos processualen Charakters, namentlich:

1) Tragung der Kosten, welche durch eine erst nach der Klagsbeantwortung geltend gemachte Benennung des rechten Besitzers entstehen;
2) der Verlust des Wahlrechts des auf Erfüllung einer passiv-alternativen Obligation belangten Beklagten;
3) der Verlust von Proceßeinreden, welche in dem motivirten Antrage nicht geltend gemacht worden sind;
4) prorogatio tacita;
5) Aufhebung des fori praeventionis;
6) Ausschluß von Klagsänderungen;
7) Ausschluß der Widerklage von gleichzeitiger Verhandlung mit der Hauptklage u. s. w.

## II. Hauptstück.

# Schriftenwechsel und Urkundenmittheilung.

### I. Capitel.

### Anwaltsbestellung des Beklagten [1]).

### §. 281.

Nach stattgehabter Klagezustellung hat der Beklagte auf die Klage einstweilen schriftlich zu antworten. Diese Antwort ist in dem sg. motivirten Antrage des Beklagten (§. 283) enthalten.

---

28) R. Prot. I, 332.

1) Quellen zu Artikel 226 Pr. O. sieh' bei §. 279.
Quellen zu Artikel 227 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 93; III, 33.

In der Thatsache, daß der Beklagte antwortet, liegt an sich etwas vom Inhalte jener Antwort Verschiedenes: die Bereitwilligkeitserklärung des Beklagten, sich in der vorwürfigen Sache überhaupt zur Verantwortung stellen, — nach dem Ausdrucke der Proceßordnung „erscheinen" zu wollen.

Nach deutschem Proceß erscheint die Erklärung, daß und was Beklagter auf die Klage antworten wolle, in einer und derselben Handlung, in einem einzigen processualen Acte, der Abgabe der Vernehmlassung.

Die bayerische Proceßordnung läßt die wirkliche Antwort des Beklagten und dessen Bereiterklärung zur Antwort in zwei inhaltlich und zeitlich verschiedenen processualen Acten hervortreten, erstere in dem sg. motivirten Antrage, letztere in der sg. Anwaltsbestellung des Beklagten.

Die Anwaltsbestellung als ein eigener von der Mittheilung des motivirten Antrags verschiedener Act geht letzterem voraus. Zwar ist dem Beklagten unbenommen, mit der Signification seiner Anwaltsbestellung auch zugleich seinen motivirten Antrag an den klägerischen Anwalt mitzutheilen. Allein, wenn auch hier in der zeitlichen Vornahme zusammenfallend, bleiben Beide doch inhaltlich verschiedene und gegenständlich getrennte selbständige Acte für sich.

Der Grund, aus welchem abweichend vom deutschen Proceß die Klagsbeantwortung in zwei Acte zerlegt wird, statt daß beide in einer Handlung und einer unabgetheilten Gesammtfrist verbunden werden, liegt in Zweckmäßigkeitsrücksichten. Bestellt der Beklagte, der sich im Anwaltsproceß nicht selbst vertreten kann (vgl. Artikel 79 Abs. 1), nicht einmal einen Anwalt, so giebt er zu erkennen, daß er überhaupt sich nicht vertheidigen und folgerecht auch motivirte Anträge nicht mittheilen will. In solchem Fall wäre es eine nutzlose Verzögerung, die nach der Natur der Sache für Abgabe motivirter Anträge länger zu bemessende Frist auch für den ganz einfachen Act der Anwaltsbestellung gelten zu lassen. Deshalb ist für die Anwaltsbestellung eine eigene und ganz kurze Frist vorgeschrieben, welche jener für Abgabe des motivirten Antrags vorausgeht. Ist binnen derselben ein Anwalt nicht bestellt worden: so kann der Kläger sofort ein Versäumungsurtheil erwirken, ohne noch den Ablauf der Frist für Abgabe des motivirten Antrags des Beklagten abwarten zu müssen. Es braucht kaum erwähnt zu werden, wie sehr die Möglichkeit, raschestens Versäumungsurtheile zu erhalten, den allgemeinen Credit fördert [2]).

Die Frist, in welcher der Beklagte der Aufforderung zur Anwaltsbestellung zu genügen hat, beträgt 8 Tage vom Tage der Klagszustellung [3]). Sie heißt „Erscheinungsfrist" [4]), weil innerhalb derselben auf die klägerische Vorladung das Erscheinen des Beklagten, seine Bereitstellung zur Aufnahme des Processes, bewirkt werden soll [5]). Die Dauer der Erscheinungsfrist ist, im Falle der Beklagte im Sprengel des angegangenen Bezirksge-

---

Abg. Prot. II, 6, 115; IV, 69, 121.
R. Ref. I, 5—6.
R. Prot. II, 21.

2) Abg. Ref. II, 93; Abg. Prot. II, 6.
3) Artikel 226 Absatz 2 Pr. O.
4) Ein terminus technicus der Pr. O. Abg. Prot. IV, 69.
5) Abg. Prot. II, 6.

richts nicht wohnt oder sich aufhält, nach Maßgabe des Artikel 209 verlängert [6]).

Die Anwaltsbestellung begreift den vom Beklagten an einen am Sitz des Proceßgerichts wohnenden und zur Anwaltspraxis zugelassenen Advocaten ertheilten Auftrag zu seiner Vertretung in diesem Processe [7]) und sodann eine durch den aufgestellten Anwalt mittels Gerichtsvollzieheracts oder in der in Artikel 205 der Proceßordnung bezeichneten Weise dem klägerischen Anwalt zu machende Anzeige des Inhalts, daß der erstgenannte als Anwalt des Beklagten aufgestellt sei [8]). Beide Handlungen haben im Laufe der Erscheinungsfrist zu geschehen. In den Fällen des Artikel 79 Abs. 3 wahrt der Beklagte die Erscheinungsfrist durch die dem Gegenanwalte mittels Gerichtsvollzieheracts oder in der in Artikel 205 der Proceßordnung bezeichneten Weise zugestellte Bezeichnung des mit der Proceßführung beauftragten Fiscals bezw. durch die Erklärung, daß er als Advocat seine Sache selbst führen wolle [9]).

Hinsichtlich der weiteren Erfordernisse des die Signification enthaltenden Gerichtsvollzieheractes ꝛc. gelten die allgemeinen Bestimmungen [10]).

Mit der Anwaltsbestellung ist der Anwaltsproceß eingeleitet, worauf der Schriftenwechsel vor sich gehen kann [11]). Die Signification der Anwaltsbestellung ist der erste Act im eingeleiteten Anwaltsproceß. An sie knüpft sich die erste Zustellung von Anwalt zu Anwalt.

Die Anwaltsbestellung ist ein zum Vorverfahren gehöriger Act. Da aber die Fristen des Vorverfahrens für die Hauptsache nicht präjudiciell sind (Artikel 251 Absatz 1 Pr. O., vgl. §§. 287 ff.), so kann die Anwaltsbestellung auch nach Ablauf der Erscheinungsfrist, selbst noch in der Sitzung bethätigt werden. (Artikel 250 Absatz 4 Pr. O.) In jenem Falle beginnt die Frist für den motivirten Antrag des Beklagten von der geschehenen Anwaltsbestellung abwärts, in diesem wird der Schriftenwechsel durch richterliche Anordnung regulirt (§. 294). Die Folge der Nichteinhaltung der Erscheinungsfrist besteht also nur darin, daß der Kläger befugt ist, mit deren Ablauf die Sache zur Sitzung anzumelden (Artikel 228, 235), dieselbe Folge, welche sich an den Ablauf der Frist zur Mittheilung des motivirten beklagtischen Antrags knüpft (Artikel 234).

## II. Capitel.

## Schriftenwechsel [1]). Conclusions motivées.

### I.

### Der motivirte Antrag des Beklagten. Défense.

### A.

### Inhalt des Antrags.

### §. 282.

I. In der (mündlichen) Verhandlung der Sache hat jede Partei die-

6) Artikel 226 Absatz 3 Pr. O.
7) Vgl. die Lehre von der Vollmachtsertheilung im II. Buch.
8) Artikel 226 Absatz 1.
9) Artikel 227 Pr. O.
10) Vgl. §§. 259 ff.
11) Artikel 229 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 230 Pr. O.:

jenigen Thatsachen und Beweise geltend zu machen, auf welche sie sich für ihr Recht berufen will.

Zugleich muß die Gegenpartei den vorgebrachten Thatsachen gegenüber sofort sich verantworten, sie bejahen oder verneinen, Gegenbehauptungen aufstellen, sich über die Erheblichkeit und Zulässigkeit ꝛc. der angebotenen oder producirten [2]) Beweise erklären, Beweise für ihre Gegenbehauptungen anbieten u. s. w.

Dies kann nicht geschehen, ohne daß die Gegenpartei schon vor der Verhandlung weiß, was vorgebracht werden will. Demgemäß muß jede Partei die andere zum Voraus von demjenigen in Kenntniß setzen, was sie ihrerseits in der Verhandlung geltend zu machen gedenkt. Andernfalls erwächst der überraschten Gegenpartei das natürliche Recht, den Abbruch der Verhandlung und die Wiederanberaumung derselben auf eine Zeit zu verlangen, wo sie soweit vorbereitet ist, um ihre Gegenerklärungen ꝛc. abgeben zu können [3]). Von dieser Befugniß würde zweifellos in der Mehrzahl der Fälle Gebrauch gemacht. Denn es ist namentlich bei Verhandlungen von einiger Ausdehnung und Schwierigkeit nur ein günstiger Zufall, wenn der zuvor nicht unterrichtete Gegner im Stande und gewillt ist, sofort zur Gegenrede zu stehen.

Die Gesetzgebung kann es aber auf Zufall nicht ankommen lassen, will sie nicht einen Zustand zur Regel werden sehen, in welchem die Verhandlung in eine Reihe von Verhandlungsversuchen aufgelöst, der Proceß verlangsamt, die Rechtshilfe verzögert wird. Sie schreibt deshalb die gegenseitige Vorbereitung der Parteien auf die mündliche Verhandlung durch vorgängigen schriftlichen Austausch des beabsichtigten Vorbringens positiv vor. Vorbereitender Schriftenwechsel.

Den Zweck des Schriftenwechsels drückt der preuß. Entwurf [4]) bündig dahin aus:

„Durch den Schriftenwechsel sollen die Anwälte sich wechselseitig „von den Ansprüchen, Aufstellungen und Einreden Kenntniß ge„ben, welche ein Jeder in der mündlichen Verhandlung vorzubrin-

---

Abg. Ref. II, 97–98; III, 33–34.
Abg. Prot. II, 13, 21, 28–29, 103–104, 110, 111, 115, 140, 450; IV. 69–70, 121.
R. Ref. I, 6; II, 106–107.
R. Prot. II, 22; IV, 34.
Quellen zu Artikel 231 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 94; III, 34–35.
Abg. Prot. II, 6–10, 12, 13, 14–20, 21, 28, 56, 57–60, 103, 104, 107 bis 109, 110, 111, 115, 140; IV, 70, 121.
R. Ref. I, 6–7.
R. Prot. II, 22.
Quellen zu Artikel 232 Pr. O.
Abg. Ref. II, 103–104.
Abg. Prot. II, 50, 60, 104, 110, 111–112, 113–114, 116–117, 140.
R. Ref. I, 8.
R. Prot. II, 22.
Vgl. hannöver. Prot. 1529–1554, 1609–1615; Bomhard a. a. O. S. 13–15.

2) Urkunden.
3) Vgl. §§. 287 ff. 293, 294, 304.
4) §. 300.

„gen beabsichtigt, damit einer Vertagung derselben wegen mangeln„der Vorbereitung vorgebeugt wird."

II. Alle auf dem Princip der Mündlichkeit beruhenden Proceßgesetzgebungen stimmen darin überein, daß der mündlichen Verhandlung ein vorbereitender Schriftenwechsel vorausgehen soll.

Sie differiren nur über die nothwendige Ausdehnung oder zulässige Abkürzung dieses Schriftenwechsels.

1) Nach dem System des französ. Processes, das auch der holländischen Proceßordnung zu Grunde liegt, soll, wenn der Anwalt des Beklagten sich bestellt hat, zwischen ihm und dem Anwalte des Klägers ein doppelter Schriftenwechsel stattfinden.

Zunächst ist zwischen Beiden in alternirender Folge ein Wechsel von Schriften (requêtes) bis zur Replik und im Fall einer Widerklage bis zur Reconventionsreplik einschließlich zu pflegen. Den Inhalt der Schriftsätze bilden blose Antworten auf gemachte Behauptungen (Klags und Exceptionsbeantwortung, défenses, reposes) einerseits und Gegenbehauptungen (Einreden, Repliken) anderseits. Anträge sind nicht Gegenstand dieser Schriftsätze; letztere bezwecken nur, den Anwälten das thatsächliche Material für ihre nachfolgenden Schlußanträge zu liefern. Uebrigens ist dieser Schriftenwechsel im französ. Proceß nicht absolut geboten.

An den erwähnten alternirenden Schriftenwechsel schließt sich die, nicht in alternirender Folgeordnung vorgeschriebene gegenseitige Mittheilung motivirter Schlußanträge (conclusions motivées). Diese Schlußanträge haben zum Inhalt einestheils dasjenige, was jede Partei in gedrängter Zusammenfassung an wesentlichen thatsächlichen und rechtlichen Aufstellungen aus den gewechselten Schriftsätzen als Resultat festhält, sodann die darauf gebauten parteilichen Anträge in genauer Präcisirung (petita) mit dem etwa erforderlichen Beweisanerbieten. Sie bilden die Grundlage der bevorstehenden mündlichen Verhandlung. Ordentlicher Anwaltsproceß, ordinäres Verfahren.

Eine Ausnahme tritt ein, wenn sich die Sache nach den besonderen Verhältnissen des Falles zum beschleunigten Verfahren, dem abgekürzten Anwaltsproceß eignet. In diesem greift abgesehen von der Klage nur die wechselseitige Mittheilung von Schlußanträgen Platz, für deren Austausch eine alternirende Folgeordnung nicht vorgeschrieben ist. Ihr Inhalt ist der der Schlußanträge im ordinären Anwaltsproceß, wobei natürlich das thatsächliche Material, da und soweit Schriftsätze zuvor nicht gewechselt sind, selbständig einzustellen ist. In besonders dringenden Fällen unterbleibt selbst die Mittheilung dieser Schlußanträge.

2) Bei vielen Gerichten in Frankreich, in der bayerischen Rheinpfalz aber allgemein gestaltete sich gegenüber jenen gesetzlichen Bestimmungen das Verfahren praktisch dahin, daß auch in den Sachen des ordinären Processes der zur Klags und Exceptionsbeantwortung vorgeschriebene alternirende Wechsel von Schriftsätzen ganz unterblieb und nur die obenerwähnten motivirten Schlußanträge ausgetauscht wurden. Hiemit war der abgekürzte Anwaltsprozeß, der gesetzlich nur ausnahmsweise Platz greifen sollte, thatsächlich zur Regel geworden.

Diesem als dem in der Praxis regulären Verfahren gegenüber un=

terblieb in Fällen besonderer Dringlichkeit auch die Mittheilung motivirter Schlußanträge und in die Verhandlung wurde ohne allen vorbereitenden Schriftenwechsel eingetreten. Abgekürzter Anwaltsproceß.

3) Nach dem System der hannöv. Proceßordnung gibt es einen Unterschied zwischen regelmäßigem und beschleunigtem Verfahren nicht.

Der vorbereitende Schriftenwechsel findet in allen Sachen statt, jedoch in der Art, daß unter den Parteien nur Klagantrag und Gegenantrag des Beklagten, beide ohngefähr im Charakter der obenerwähnten motivirten Schlußanträge, alternirend ausgetauscht werden.

Außerdem findet ein weiterer Schriftenwechsel nur statt, wenn das Gericht aus Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Falles einen solchen ausnahmsweise gestattet.

4) Am weitesten geht die Genfer Proceßordnung, nach welcher selbst schon die Zulassung von Schlußanträgen nur ausnahmsweise auf besondere Anordnung des Gerichts stattfindet.

Im Zusammenhang mit diesen verschiedenen Systemen stehen die in jedem derselben für die Anberaumung der Verhandlungstagfahrt geltenden Vorschriften. Nach Genfer Proceß erfolgt die Anberaumung der Tagfahrt sogleich auf die Klagvorladung (exploit d' ajournement), nach hannöv. Proceß auf den Klagantrag, nach französischem (und pfälzischem) Proceß im Verfahren ohne jeden Schriftenwechsel ebenfalls sofort auf die Klagsvorladung, im Verfahren mit erweitertem oder beschränktem Schriftenwechsel erst nach Hinterlegung der Schlußanträge [5].

5) Das System der neuen bayerischen Proceßordnung.

Der Regierungsentwurf schloß sich ganz an das französ. Recht (Ziff. 1 oben, Code de procedure und Decret vom 20. März 1808 Artikel 70) an.

Der Abgeordneten-Ausschuß stimmte zuerst dem Regierungsentwurfe zu [6], modificirte aber später [7] den Regierungsentwurf in Ansehung des abgekürzten Anwaltsprocesses durch Normirung alternirender Mittheilung der motivirten Schlußanträge und gelangte endlich dazu [8], unter Aufgebung des französischen (Ziff. 1 oben) das in der bayerischen Rheinpfalz in Uebung befindliche System (Ziffer 2 oben) im Wesentlichen zu adoptiren, jedoch unter Beibehaltung der vorerwähnten Modification alternirender Mittheilung der motivirten Schlußanträge. Der Reichsraths-Ausschuß wie die Regierung stimmten bei.

Hiernach ist das System der bayerischen Proceßordnung in den Grundzügen das Folgende. Man hat

a) ausnahmsweise für dringliche Sachen ein durch besondere richterliche Verfügung im je einzelnen Falle zuzulassendes Verfahren ohne allen der Verhandlung vorausgehenden Schriftenwechsel (von der Zustellung der Klagschrift nämlich abgesehen). Abgekürzter Anwaltsproceß. Er verläuft ganz

---

5) Gründe für und gegen diese verschiedenen Systeme sieh' in den hannöver. Prot. 1351—1431, 2621—2658. Gutachten des bayrischen Oberappellationsgerichts ibidem S. 1383—1390.

6) Abg. Prot. II, 6—10 u. ff.

7) Abg. Prot. II, 56, 57—60.

8) Abg. Prot. II, 103, 107—109 u. ff.

gleich dem bisher in der Pfalz geltenden bezüglichen Verfahren [9]). Diesem gegenüber besteht

b) für die Regel (regulär-ordentlicher Anwaltsproceß) ein Verfahren, gemäß welchem nach Zustellung der Klageschrift und erfolgter beklagtischer Anwaltsbestellung zwischen dem beklagtischen und klägerischen Anwalte noch zwei Schriftsätze, die motivirten Anträge der Parteien enthaltend, in alternirender Folgeordnung d. h. in der Art gewechselt werden, daß zuerst der Beklagte gegenüber der Klage seine Gegenanträge mit Begründung dem Kläger und hinwieder sodann der Kläger auf Grundlage der erhobenen Klage und der Gegenanträge des Beklagten seine Schlußanträge mit Motivirung dem Beklagten mittheilt.

In kurzen Zügen gibt ein treues Bild dieses regulär-ordentlichen Anwaltsprocesses die Aeußerung des Regierungscommissärs im Ausschusse der Reichsrathskammer:

„Die Klage soll erhoben werden durch die Zustellung einer „Klageschrift, welche der für den Kläger aufgestellte Anwalt anzu„fertigen hat. Der Beklagte hat hierauf innerhalb acht Tagen „auch seinerseits einen Anwalt zu bestellen und dem Anwalte des „Klägers hievon Mittheilung machen zu lassen."

„In den hierauf folgenden 15 Tagen hat der Beklagte und „zwar sofort durch einen motivirten Antrag, welcher „der mündlichen Verhandlung zu Grund zu legen ist, auf die „Klage zu antworten. Dieses Actenstück ist nicht eine blose Klag„beantwortung, sondern ein vollständig motivirter Antrag. Der „Anwalt des Beklagten muß in diesem Schriftsatze eingehend auf „die in der Klageschrift aufgestellten thatsächlichen Behauptungen „antworten, erklären, was er zugibt und was er bestreitet, zugleich „alle seine Einreden vorschützen, eine etwaige Widerklage erheben „und für alle Puncte auch die betreffenden eventuellen Begehren „stellen, sowie die etwa erforderlichen Beweise anbieten, und zwar „Alles dies in der Weise, daß mit diesem einzigen Schriftstück für „den Beklagten die ganze Sache in die Lage gebracht ist, in der „sie sein muß, damit man mit Erfolg mündlich verhandeln kann. „Sobald dies geschehen oder die Frist abgelaufen ist, also ohnge„fähr 3 Wochen nach Zustellung der Klage, kann die Sache bei „Gericht zur Verhandlung angemeldet werden. Eine Replik des „Klägers kömmt nicht vor, weil die Klageschrift da ist, und das „weiter Nöthige durch das Schriftstück, auf das ich gleich komme, „ersetzt wird. Die Sache wird nun in das sg. Hauptverzeichniß „eingetragen und zum Aufrufe fixirt. Drei Tage vor der „hiezu festgesetzten Sitzung muß der Kläger seinen „motivirten Antrag zustellen lassen. Er hat sich hierin „zunächst auf die Klage zu beziehen, dasjenige beizufügen, was „durch den Antrag des Beklagten etwa veranlasst worden und end„lich auch seine eventuellen Anträge und seine Beweise zu formu„liren. Damit ist das ganze Vorverfahren beendigt und die Sache „kommt nunmehr in die Sitzung [10]).

9) Vgl. §. 277 Ziffer III und §. 307 ff.

10) R. Prot. II, 11—12.

## §. 283.

Der motivirte Antrag des Beklagten hat einen vierfachen Gegenstand, nämlich die thatsächliche Klagsbeantwortung, allenfalls mit Widerklage, — die resultative Zusammenfassung des status causae et controversiae aus der Klage und Klagsbeantwortung in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung (Rechtsausführung), — das Gesuch des Beklagten — und dessen allenfalls nothwendiges Beweisanerbieten.

I. Die Klagsbeantwortung.

Die motivirten Anträge jeder Partei, folgerecht auch die des Beklagten haben vor Allem die zur Begründung des Gesuchs (Ziff. III) nach der Sachlage erforderlichen thatsächlichen Anführungen zu enthalten [1]).

Den Gegenstand der Klagsbeantwortung bilden hienach, soweit im concreten Falle Stoff dafür vorhanden ist, die gesammten thatsächlichen Vertheidigungsmittel gegen den klägerischen Angriff.

Diese Vertheidigungsmittel können bestehen in Bekämpfung der Art der klägerischen Rechtsverfolgung (Proceßeinreden), in Erklärungen über die thatsächliche Begründung der Klage (Einlassung), in Bekämpfung der Rechtsbehauptungen des Klägers, des sg. fund. act. prox., im Vorbringen zerstörender Einreden, endlich in selbstständigen Gegenangriffen (Widerklage).

Von diesen möglichen Bestandtheilen der beklagtischen Vertheidigung, bald Klagsbeantwortung [2]) mit Bezug auf ihren materiellen Inhalt, bald Vernehmlassung [3]) in mehr formalem Sinn genannt, ist nun im Einzelnen die Rede.

A. Proceßeinreden [4]) sind alle Einreden, welche ohne die Sache selbst zu berühren nur auf Grund von Proceßvorschriften die einstweilige Abwendung oder den Aufschub des Processes bezwecken [5]). Sie können ebenso wie andere Einreden im Civilrecht wurzeln z. B. die Einreden nach Artikel 58 ff. Das Wesentliche ist, daß ihnen durch Proceßvorschriften die Wirkung beigelegt wird, das dermalige Verfahren abzuwenden oder aufzuschieben. Sie werden im französ. Proceß exceptions genannt.

Die Proceßeinreden zerfallen in zwei Klassen, die privilegirten und die gemeinen Proceßeinreden.

1) Zu den privilegirten Einreden (vgl. §§. 288 und 289) gehören:

a) die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die Proceßkosten, nicht [6]) aber jene der mangelnden Sicherheitsleistung für die Nach- und Widerklage;

b) die Einrede der dem Erben oder Gütergemeinschaftsgenossen noch laufenden Deliberationsfrist;

c) die Einrede der zeitlichen Unzulässigkeit der Klage wegen Nichterfüllung eines vorergangenen Urtheils [7]);

---

1) Artikel 230 Absatz 1 Pr. O.
2) Z. B. Artikel 74 Absatz 3 Pr. O.
3) Z. B. Artikel 157 Absatz 3, Artikel 180 Pr. O.
4) Ueber Proceßeinreden vgl. Leonhardt hannöv. Pr. O. S. 120—122; hannöv. Prot. 1556—1564; dann die Quellen zu Artikel 184 ff. der bayr. Pr. O. bei §§. 289. 290.
5) Artikel 184 Abs. 1.
6) Abg. Prot. I, 255.
7) Diese drei nach Artikel 185 Pr. O.

d) die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts oder der nothwendigen Verweisung der Sache an ein anderes Gericht;
e) die Einrede der nicht ordnungsmäßig erfolgten Ladung;
f) die Einrede der Nichtbefähigung zur Proceßführung;
g) die Einrede der nothwendigen Beiladung weiterer Personen zum Rechtsstreit[8]).

2) Zu den gemeinen Prozeßeinreden (vgl. §§. 290 und 291) gehören alle nicht unter Ziff. 1 aufgeführten Prozeßeinreden z. B. die Einreden der mangelhaften Klagerhebung (exc. libelli inepti, obscuri), der unstatthaften Klagenhäufung, exceptio termini angusti, inepti modi procedendi, die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die Nach- und Widerklage[9]).

Da übrigens unsere Proceßordnung unter Proceßeinreden nur diejenigen Einwendungen begreift, welche gegen die Art der klägerischen Rechtsverfolgung gerichtet sind, so fallen die Proceßeinreden nicht mit den sog. dilatorischen Einreden des gemeinen Proceßrechts ganz zusammen.

Die exceptio plus petitionis tempore, die exceptio divisionis et excussionis, die exceptio rei finitae, transactae sind weder privilegirte, noch Proceßeinreden überhaupt[10]). Nicht selten wird übrigens der Richter veranlasst sein, in Ansehung dieser Einreden auf Grund des Artikel 157 der Pr. O. deren alleinige vorgängige Verhandlung anzuordnen.

B. Bekämpfung der Rechtsbehauptungen des Klägers (fundam. act. prox.)[11]).

C. Die Einlassung. Im Sinne der Proceßordnung umfasst diese sowohl die Beantwortung der Thatbehauptungen des Klägers, des fundam. act. remotum, als die sg. zerstörenden Einreden. Dies ergibt sich aus den Artikeln 184 und 186 der Proceßordnung. Sie wird dort mit „Einlassung in der Hauptsache" bezeichnet, défenses au fond des französ. Processes. Immerhin lassen sich aus der Einlassung in der Hauptsache als besondere Bestandtheile ausscheiden:

1) Die Beantwortung der thatsächlichen Klagebegründung (Streitbefestigung, litis contestatio). Diese kann eine bejahende[12]), verneinende oder gemischte sein, (litis contestatio affirmativa, negativa, mixta), eine directe oder indirecte (simplex oder qualificata), eine bedingte oder unbedingte (eventualis oder pura), eine generelle oder specielle wie im gemeindeutschen Processe. Vgl. §§. 168, 169. Zu der Unterscheidung zwischen einer wirklichen und fictiven Einlassung (litis contestatio vera und ficta) kann erst die mündliche Verhandlung Anlaß geben.

2) Zerstörende Einreden. Den Gegenstand zerstörender Einreden bilden

---

8) Ueber die unter lit. d—g aufgeführten Proceßeinreden vgl. Artikel 186 Pr. O. Die sog. Präjudicialeinreden wurden bereits in §. 231 behandelt.

9) Abg. rot. I. 254,

10) Abg. Prot. I, 254.

11) Vgl. Artikel 225 und 230 Pr. O.

12) Erkennt der Beklagte in seiner Antwort den klägerischen Anspruch unumwunden an, in der Art daß er zu erkennen giebt, nicht streiten zu wollen, so ist von einer Streitbefestigung keine Rede.

diejenigen Thatsachen, wodurch im einzelnen Falle die Entstehung des klägerischen Rechtes aus subjectiven Gründen z. B. wegen Mangels der Rechts-, Erwerbs-, Verfügungs-, Zurechnungs-, Willensfähigkeit, der Willensfreiheit oder Ernstlichkeit der Willenserklärung, oder aus objectiven Gründen z. B. wegen heimlicher Mängel der erkauften Sache ꝛc. ꝛc. gehindert oder das schon entstandene Recht des Klägers beschränkt, wieder aufgehoben oder entkräftet worden sein soll z. B. durch Zahlung, Novation, Verzicht, Vergleich, Verjährung ꝛc. ꝛc.[13]).

Die zerstörenden Einreden lassen sich eintheilen in aufschiebende (exceptio plus petit. tempore) und in solche, welche ein für allemal das Klagerecht ganz oder theilweise aufheben. Vgl. §. 167.

Ueber die Unterscheidung zwischen Litis contestatio und wirklichen Einreden im einzelnen Falle vgl. man Seuffert Commentar a. a. O. II S. 305 ff.

Im Uebrigen ist für die Voraussetzungen und Erfordernisse zerstörender Einreden das Civilrecht maßgebend. In Ansehung einzelner Arten derselben enthielt der Regierungsentwurf besondere Bestimmungen. (Vgl. Artikel 160). Sie wurden als dem Civilrecht angehörig gestrichen[14]).

Vergleicht man hienach die zerstörenden mit den Proceßeinreden im Sinne unserer Proceßordnung, so kann man die ersteren auch die materiellen Einreden nennen.

D. Widerklagen.

Der Beklagte kann sich möglicher Weise nicht darauf beschränken, die Verwerfung der Klage oder des Klaganspruchs zu begehren; er kann selbständige Verurtheilung des Gegners in der Hauptsache zu seinen Gunsten beantragen und zwar sowohl

1) im Falle der sg. judicia duplicia, als
2) in dem der eigentlichen Widerklage. Ueber Letztere siehe das VIII. Buch.

II. Der motivirte Antrag des Beklagten hat neben den thatsächlichen Aufstellungen d. i. der Klagsbeantwortung weiter zu enthalten die Anführung der zur Begründung seines Gesuchs nach der Sachlage wesentlichen rechtlichen Gesichtspuncte[15]).

In welchem Umfange Rechtsausführungen statthaft erscheinen, ist in §§. 257 u. 284 bemerkt. Weiterhin hat der motivirte Antrag

III. das bestimmte Gesuch der beklagten Partei bezüglich der zu erlassenden Entscheidung z. B. auf gänzliche oder theilweise definitive oder zeitliche Klagsabweisung ꝛc. ꝛc. zu enthalten, wobei eventuelle Bitten (scil. die gestellt werden wollen[16]) z. B. auf Beweiszulassung (vgl. Ziff. V und §. 284 Ziff. I, 3) dem Gesuche beizufügen sind[17]).

IV. Von der Absicht geleitet, die Proceßdauer in möglichst enge Schran-

---

13) Vgl. Artikel 283 des Reg. Entw.
14) Abg. Ref. II, 74; Abg. Prot. I, 252—253. Vgl. die §§. 117 und 171 a. E.
15) Artikel 230 Absatz 2 Pr. O.
16) Abg. Ref. III, 33.
17) Artikel 230 Absatz 2 u. 3 Pr. O.

ken zu schließen, enthält der französ. Proceß und nach ihm die bayerische Proceßordnung das Princip, die Beweise mit den Thatsachen zu verbinden[18]).

Ohne Zweifel bestehen gegen eine solche Einrichtung auch Bedenken. Es wurde namentlich hervorgehoben, daß die Trennung der Beweisführung von der Thatbestandsermittlung eine eigenthümlich deutsche im Gegensatz zum römischen Recht ausgebildete Gewohnheit und die ausnahmsweise zugelassene Beweisanticipation nirgends praktisch geworden sei, — daß der Weg vorgängiger Feststellung der erheblichen und strittigen Thatsachen mit nachfolgender Beweisantretung der natürlichere sei, — daß die sofortige Verbindung der Beweise mit den Thatsachen die Schwäche der ersteren sogleich aufzeige und den Gegner zur Ableugnung der Letzteren anreize, — daß die Verbindung der Thatbestandsermittlung und Beweisführung Materialanhäufung und Verwirrung erzeuge.

Anderseits kam in Betracht, daß die deutschrechtliche (ausnahmsweise) Beweisanticipation mit gleichwohl nachfolgendem Beweisinterlocute einen inneren Widerspruch involvirt, während das System des französ. Processes erst den Beweis anzubieten und dann Beweisinterlocut zu erlassen den Vorwurf inneren Widerspruchs nicht verdient. Ebenso schien die an sich viel einfachere Gestaltung des neuen Verfahrens, die minder große Häufigkeit und der rasche Verlauf seiner Beweisverhandlungen jene Materialanhäufung in Etwas zu paralysiren. Auch die freiere Bewegung des Richters auf dem Felde der Beweiswürdigung, namentlich des Zeugenbeweises, der Hinwegfall der französisch-rechtlichen Streitigkeiten über Zeugenzulassung mit Annahme des Princips der Unbeschränktheit des Zeugenbeweises nach der bayerischen Proceßordnung, sowie die Beseitigung der Streitigkeiten über Zeugenablehnung rc. rc. läßt einen einfacheren Verlauf der Beweisführung hoffen. Dazu kommen erhebliche positive Vortheile. Die Verbindung des Beweises mit den Behauptungen nöthigt die Partei von vorneherein, sich über die Erweisbarkeit ihrer Asserte Rechenschaft zu geben, und wird sie abhalten, sich auf unerweisliche Thatsachen zu stützen. Jene Verbindung setzt auch den Gegner sofort in Stand, die Totalität, Intensivität und Tragweite der wider ihn aufgestellten Behauptungen zu ermessen und sich danach zu achten. Nicht minder gewährt sie dem Richter eine bessere Einsicht in den Sinn und die Bedeutung des Parteivorbringens, in seine Totalität, Wahrscheinlichkeit und Ernstlichkeit, weil nun alle Behauptungen sofort den Stempel des Concreten, Unzweideutigen und Bestimmten tragen müssen. Läßt sich somit von diesem System größere Moralität der Proceßführung, bessere und allseitige Information der Interessenten erwarten: so muß die Zusammenziehung der beiden Stadien der Thatbestandsermittlung und Beweisführung in das eine Stadium der Gesammtverhandlung die Proceßdauer verkürzen und bietet so einen Ersatz für die unverkennbaren Vortheile der deutschrechtlichen Eventualmaxime, welche in der ihr eigenthümlichen Bedeutung nicht Grundlage eines öffentlich-mündlichen Verfahrens sein kann.

Das Princip der Verbindung der Beweise mit den Thatsachen hat Consequenzen für den Proceßgang, für den rechtlichen Charakter der parteilichen

18) Vgl. hannöver. Prot. 1754—1944.

Beweisführung und des richterlichen Beweisinterlocuts. Von Letzteren wird je am betreffenden Orte die Rede sein.

Durch die Verschmelzung der Thatbestandsermittlung und Beweisführung in das eine Stadium der Gesammt- oder Schlußverhandlung der Sache einerseits, andernseits durch den Ausschluß jeder parteilichen Theilnahme an der Urtheilsfällung erscheint die ganze parteiliche Proceßthätigkeit als ein zusammenhängender Gesammtact, unitas actus.

Unzutreffend wäre es übrigens, wenn man deutschrechtlichen Anschauungen folgend die sofortige Verbindung der Beweise mit dem Vorbringen der Behauptungen als Beweisanticipation bezeichnen und sich die Sache etwa so denken wollte, als wäre nun die Beweisanticipation von der Ausnahme zur Regel erhoben. Denn von einer Beweisanticipation kann nur da gesprochen werden, wo ein Beweisinterlocut im Sinne des deutschen Rechts besteht, wo den Parteien Beweis auferlegt wird, gleichviel ob sie solchen liefern wollen und können, und wo den Parteien vor dem Beweisanerbieten gesagt ist, was der Richter für erheblich, strittig, ungewiß und deshalb beweisbedürftig hält.

Demnächst fragt sich, von welchem Zeitpuncte abwärts und in welcher Art die Verbindung der Beweise mit den Thatsachen stattfindet.

1) Die Verbindung der Beweise mit den Thatsachen greift nicht erst bei der mündlichen Verhandlung, sondern bereits im schriftlichen Vorbereitungsverfahren Platz, zwar nicht schon mit der Klagserhebung bezw. in der Klageschrift, aber in den motivirten Anträgen. In seinem motivirten Antrage hat jeder Theil, also vor Allem der Beklagte mit anzugeben, welche Thatsachen er zu beweisen erbötig ist und welcher Arten von Beweismitteln er sich dazu bedienen will [19]).

Allerdings haben die vorbereitenden Schriftsätze keinen präjudiciellen Charakter und dies gilt natürlich auch für die Beweise [20]). Es kann daher eine Partei es wagen, die Angabe ihrer Beweise sich für den Schluß der mündlichen Verhandlung vorzubehalten [21]). Allein immerhin trifft die also säumige Partei der aus der Proceßverzögerung, Verhandlungsvertagung 2c. 2c. hervorgehende Nachtheil des Kostenersatzes.

Ausnahmsweise findet die Geltendmachung der Beweise erst bei der Verhandlung statt, nämlich:

a) wenn ein vorbereitender Schriftenwechsel überhaupt nicht stattfindet, wie im abgekürzten Anwaltsprozeß,

b) wenn es unterlassen wurde, im Schriftenwechsel die Beweise anzubieten und der Gegner dies unbeanstandet läßt,

c) wenn in Folge der Verhandlung selbst Modificationen der Sachlage eingetreten sind, welche eine Aenderung oder Ergänzung des früheren Beweisanerbietens erfordern.

2) die Geltendmachung der Beweise beschränkt sich im Schriftenwechsel auf die Angabe der Thatsachen, welche die Partei, hier der Beklagte, zu erproben beabsichtigt, und auf das Angebot der Be-

---

19) Artikel 230 Absatz 3 Pr. O.

20) Vgl. Artikel 230 mit Artikel 251 Pr. O.

21) Artikel 324 Pr. O.

weismittel, deren er sich bedienen will[22]). Zur Production der Letzteren kann es erst bei der mündlichen Verhandlung kommen, sei es die erste Verhandlung (Urkunden), sei es die Schlußverhandlung der Sache. Eine sofortige Production der Beweise im Vorverfahren wäre so unthunlich als zwecklos, da es sich hier vorerst um die Proceßeinleitung unter den Parteien handelt.

Unter der Angabe der zu beweisenden Thatsachen ist dieselbe Formulirung von Beweissätzen zu verstehen, wie sie am Schlusse der ersten Verhandlung nach dem dortigen Stand der Sache verlangt wird. Vgl. Abschnitt II. Es sind also hier schon jene Sätze zu fixiren, welche durch Zeugen erprobt werden wollen, jene Fragen zu präcisiren, welche von Sachverständigen beantwortet werden sollen, jene Eidesthemas genau zu bezeichnen, über die geschworen werden soll.

Uebrigens wird eine eventuelle Eidesdelation besser auf die Verhandlung verschoben[23]). Beim Augenschein wird es genügen im Allgemeinen zu sagen, in welcher Richtung er begehrt wird. Bei Urkunden, die ohnehin vor der Verhandlung mitgetheilt werden müssen, ist die Formulirung von Beweissätzen überflüssig.

3) Die Beweismittel sind nicht im Einzelnen, sondern der Art nach (generell) anzugeben. Will z. B. der Beklagte seinen Beweis mit Zeugen führen, so hat er hier noch nicht jene Individuen zu bezeichnen, welche er vernehmen zu lassen beabsichtigt, sondern er bemerkt allgemein, daß er Zeugenbeweis anbiete[24]).

Nur wenn Beweis mit Urkunden beabsichtigt wird, sollen diese hier schon individuell bezeichnet werden, da sie in der mündlichen Verhandlung sofort zu produciren und ihr vorgängig dem Gegner zur Einsicht mitzutheilen sind.

Selbstverständlich hat übrigens der Beklagte im Schriftenwechsel alle Arten von Beweismitteln zu bezeichnen, deren er sich zu bedienen gedenkt, Urkunden, Zeugen, Sachverständige, Augenschein und nicht minder Eide. Denn das Gesetz schreibt die Bezeichnung der Beweisarten allgemein ohne Beschränkung vor (Artikel 230 Abs. 3). Es liegt dies in der Natur der Sache, da der Zweck des vorbereitenden Schriftenwechsels nur hiedurch vollständig erreicht werden kann. Trifft auch den Beklagten, der in seinem motivirten Antrage die Beweisarten nicht oder nicht vollständig angiebt, der Nachtheil der Präclusion nicht (Artikel 251), so bleiben ihm doch die durch eine Verspätung der Beweisarten-Angabe entstehenden besonderen Kosten und Schäden zur Last[25]).

Allerdings kann, da der Beklagte zur Zeit der Abgabe seines motivirten Antrags die Gegenerklärungen des Klägers darauf noch nicht kennt, also gegenüber diesen mit seinem Beweisanerbieten antecipando verfährt, es leicht vorkommen, daß solche Beweisanerbieten gegen-

22) Artikel 230 Absatz 3 Pr. O.

23) Weil in jedem Stand der Sache zulässig. Vgl. Artikel 449 Pr. O.

24) Abg. Prot. II, 111.

25) Vgl. §. 297. Anwendung des in den §§. 288 u. 290 dargestellten Princips auf die Beweise.

standslos werden. Giebt der Kläger späterhin in seinem motivirten Antrage oder selbst erst bei der Verhandlung Thatsachen zu, für welche der Beklagte früherhin Beweis angeboten hat, so fallen nun diese Beweisanerbietungen als überflüssig hinweg (Artikel 241 Abs. 4 der Proceßordnung).

Anderseits kann sich erst in der Verhandlung das Bedürfniß weiterer Beweisanerbietungen ergeben und insoweit dies der Fall kann der bezügliche Mangel in den gewechselten Schriftsätzen für sich kein Grund zur Kostenüberbürdung sein [26]).

Ueber die Art der Beweisführung endlich ist sich in den motivirten Anträgen nicht auszusprechen. Der Artikel 230 spricht nur von der Angabe der Art der Beweismittel. Vgl. auch Artikel 324 Abs. 1 Proceßordnung [27]).

## B.

## Form des motivirten Antrags.

### §. 284.

Da der motivirte Antrag ein Anwaltsact ist, sind in Ansehung seiner äußeren Form die allgemeinen Bestimmungen über Schriftsätze maßgebend [1]).

Die innere Form des Antrags (Fassung) wird durch seinen Zweck bestimmt.

1) Insoweit derselbe Motivirung enthält, soll diese in gedrängter Darstellung erfolgen, mehr andeutend als ausführend. Da er sich gerade dadurch von den Schriftsätzen des deutschen Processes unterscheidet, daß er nicht das Aburtheilungsmaterial für das Gericht, sondern Informationsquelle des Gegners und vorbereitende Grundlage für die Verhandlung bildet, ist die Breite deutschrechtlicher Schriftsätze zu vermeiden. Gilt dies schon von den thatsächlichen Aufstellungen und Rechtsbehauptungen, so gilt es in höherem Grad von der Rechtsausführung [2]). Ist zugleich Widerklage zu erheben, so gilt für diese, was von den bezüglichen Erfordernissen der Klageschrift bemerkt ist.

   Da übrigens die motivirten Anträge einestheils die vorbereitenden Schriftsätze, anderntheils die conclusions motivées des französischen Processes vertreten [3]), so sollen die Anträge des Beklagten neben der Antwort auf die Klagsasserte eine bündige Zusammenfassung des aus der Klageschrift und ihrer Beantwortung in factischer und rechtlicher Hinsicht sich ergebenden Resultats enthalten, status causae et controversiae.

2) Die Gesuche müssen von der thatsächlichen und rechtlichen Motivirung auch äußerlich gesondert werden. Sie können der Letzteren

---

26) Vgl. Abg. Prot. II, 110 und 111.
27) Abg. Ref. III, 34; Abg. Prot. IV, 69—70; R. Ref. II, 107.
1) Vgl. Artikel 165 Pr. O. und §. 257.
2) Vgl. §. 257.
3) Vgl. §. 282.

vorausgehen oder nachfolgen [4]). Nach dem preußischen Entwurf müssen die Gesuche vorangestellt werden [5]).

Die Gesuche sollen möglichst präcis und so formulirt werden, wie das Urtheil nach ihrer Intention zu lauten hat. Doch ist dies, wenn auch räthlich, immerhin nicht absolut geboten. Gesetzlich ist die Partei zu mehr nicht verbunden, als zu einer hinreichend bestimmten, mit der Motivirung unvermischten Formulirung der Sachbitte. Ebensowenig ist folgerecht das Gericht an diese Formulirung gebunden [6]). Hierin unterscheidet sich die bayerische Proceßordnung vom preußischen Entwurf, welcher stricte vorschreibt:

„Die Anträge sind in einer Fassung zu stellen, daß dieselben, „wenn das Gericht sie begründet findet, wörtlich in den ent„scheidenden Theil des Urtheils aufgenommen werden können" [7]).

Was endlich

3) das Beweisanerbieten betrifft, so ist die abschriftliche oder auszugsweise Beifügung der von dem motivirten Antrag in Bezug genommenen Beweisurkunden ebensowenig erforderlich, wie bei der Klageschrift [8]).

Das Beweisanerbieten schließt sich dem primären Gesuche in der Art an, daß der Beklagte eventuell, falls nicht sofort nach jenem erkannt werden könnte, beantragt, zum Beweise z. B. durch Zeugen darüber u. s. w. zugelassen zu werden, oder zum Beweise durch Sachverständige gelassen zu werden, welche über folgende Fragen vernommen werden sollen ꝛc., oder es wolle ihm Urkunde über nachstehende Eideszuschiebung an den Kläger ꝛc. ertheilt werden.

## C.

## Frist zur Mittheilung des motivirten Antrags.

### §. 285.

Die Prozeßordnung stellt das Princip auf, daß die unter den Parteien zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung zu wechselnden Schriftsätze d. i. die motivirten Anträge sich alternirend folgen.

Demgemäß muß die Mittheilung des beklagtischen motivirten Antrags jener des motivirten Antrags des Klägers vorausgehen.

Jede Partei wird dadurch in den Stand gesetzt, ihren motivirten Antrag zugleich als Antwort auf die vorhergegangene Aeußerung des Gegners einzurichten. Die zeitliche Trennung des beiderseitigen Vorbringens bewirkt einen sachgemäßen Austausch von Rede und Gegenrede über die bestrittenen Puncte. Sie ermöglicht aber auch die schriftliche Vorbereitung auf das ganze Streitverhältniß auszudehnen und hinwieder die zu stellenden Anträge so zu beschränken, wie es die Sachlage gestattet.

---

4) Artikel 230 Absatz 2 Pr. O.
5) §. 308 des preuß. Entw.
6) Abg. Prot. II, 28—29.
7) §. 307 Absatz 1 des preuß. Entw.
8) Vgl. §. 278.

Würden die motivirten Anträge sich nicht alternirend folgen, sondern gleichzeitig gewechselt, so wüßte wohl der Beklagte, weil er die Klageschrift in Händen hat, welchen Inhalt er seinem motivirten Antrage geben soll, nicht aber der Kläger, der von den Erklärungen des Beklagten noch keine Kenntniß hat. Der motivirte Antrag des Klägers könnte nichts Anderes sein, als eine Reproduction der Klageschrift mit dem beigefügten Angebot des Beweises für die dort aufgestellten thatsächlichen Behauptungen. Diese anticipirten Beweisanerbietungen würden nicht selten durch den motivirten Antrag des Beklagten überflüssig gemacht werden[9]).

Allerdings muß der Beklagte nach der bayr. Proceßordnung den Beweis seiner Einreden anticipiren. Denn er weiß nicht, wie sich der Kläger in seinem später folgenden motivirten Antrage stellen wird. Allein dies ist doch der geringere Mißstand. Da der motivirte Antrag des Klägers dem Beklagten jedenfalls vor der Hinterlegungstagfahrt zugestellt werden muß[10]), so ist er hiedurch in die Lage gesetzt, mindestens seine zu hinterlegenden Anträge hienach vorbereiten und einrichten zu können.

Was die Dauer der Frist für Zustellung des motivirten beklagtischen Antrags betrifft, so beträgt sie:

I. für die Regel fünfzehn Tage, gerechnet vom Ablaufe der Erscheinungsfrist[11]). War die Anwaltsbestellung des Beklagten vor Ablauf der Erscheinungsfrist erfolgt, so beginnt gleichwohl erst vom Ablauf der letzteren jene fünfzehntägige Frist[12]). Von einer Fristerweiterung nach Artikel 209 der Proceßordnung kann selbstverständlich keine Rede sein. Sind aber mehrere Beklagte mit verschiedenen Fristen geladen, so gilt für alle die längste Frist[13]).

II. Von obiger Regel besteht eine Ausnahme[14]). Will nämlich der Beklagte in Fällen, in welchen ihm dies gesetzlich gestattet ist, vorläufig nur Proceßeinreden zu separater Verhandlung und Aburtheilung bringen (Einreden der Artikel 185 und 186 Pr. O.; vergleiche hierüber den §. 289), so muß er, gleichviel ob er nur eine oder mehrere dergleichen Einreden in der erwähnten Art geltend macht, seinen auf diese Einreden beschränkten motivirten Antrag innerhalb acht Tagen nach Ablauf der Erscheinungsfrist zustellen lassen.

Eine blose Anzeige seiner Einreden genügt übrigens im gedachten Falle nicht. Der Beklagte darf sich nicht etwa darauf beschränken, zu sagen, er wolle lediglich proceßhindernde Einreden vorschützen. Er muß vielmehr die Einreden, die er vorbringen will, speciell bezeichnen, und wo dies nach Sachlage erforderlich, muß er auch diejenigen factischen Verhältnisse mittheilen, welche seine Einreden begründen, m. a. W. es muß auch in solchen Fällen ein förmlicher motivirter Antrag an den Kläger mitgetheilt werden[15]).

---

9) Dies wäre zu wenig, weil damit der Proceß keinen Fortschritt macht, und zu viel, weil der Beklagte die Klageschrift schon besitzt.
10) Vgl. §. 293.
11) Artikel 231 Pr. O.
12) Vgl. §. 273.
13) Artikel 210 Absatz 1 Pr. O.
14) Artikel 232 Pr. O. Bei den Verhandlungen wurde besonders hervorgehoben, daß Artikel 232 eine Beschränkung der Vorschrift des Artikel 231 enthalte.
15) A. Pr. II, 112.

## D.

## Wirkungen des motivirten Antrags des Beklagten. Rechtlicher Charakter des Antrags.

### 1.

### Mittheilung des motivirten Antrags. Verbot der Klagsänderung[1]).

### §. 286.

Wie an jede Proceßhandlung, so knüpfen sich auch Wirkungen an den motivirten Antrag des Beklagten.

Gewisse Rechtsfolgen schließen sich an den Act seiner Mittheilung; dahin gehört der Eintritt des Verbots der Klagsänderung. §. 286. Andere Folgen knüpfen sich an die gänzliche Nichtmittheilung oder die verspätete Mittheilung des motivirten Antrags, an die Nichteinhaltung der dafür vorgeschriebenen Frist. §. 287.

Gewisse Wirkungen erzeugt aber auch der Inhalt des mitgetheilten Antrags.

Hieher gehören zunächst natürliche Wirkungen, die mit logischer Nothwendigkeit eintreten. Sie sind so verschieden, wie der positive Inhalt des Antrags. So hat andere Folgen der eingelegte Widerspruch, andere der Verzicht, das Zugeständniß u. s. w. Die Ansicht, daß Verzichte und Zugeständnisse, welche in den motivirten Anträgen enthalten sind, durch beliebigen Widerruf wirkungslos gemacht werden könnten, weil das Vorverfahren unpräjudicirlich (Artikel 251 Pr.-O.) und der Widerruf nur bei der Verhandlung beschränkt sei (Artikel 90 Absatz 2), daß also den motivirten Anträgen eine inhaltliche Wirkung überhaupt nicht zukomme, halte ich nicht für richtig. In der Vorschrift des Artikel 90, wonach die bei der

---

1) Quellen zu Artikel 180 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 73—74.
Abg. Prot. I, 250—252, 285—286, 318; IV, 38, 61.
R. Ref. LXXII.
R. Prot. I, 332.
Quellen zu Artikel 181 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 73—74.
Abg. Prot. I, 250—252, 285—286, 318.
R. Ref. LXXII.
R. Prot. I, 332.
Quellen zu Artikel 182 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 73—74.
Abg. Prot. I, 250—252, 285—286, 318.
R. Ref. LXXII.
R. Prot. I, 332.
Quellen zu Artikel 183 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 73—74.
Abg. Prot. I, 250—252, 285, 286, 319.
R. Ref. LXXII.
R. Prot. I, 332.
Vgl. hannöver. Prot. 1433—1439, 1565—1596; Seuffert a. a. O. II, 206—214.

Verhandlung abgelegten Geständnisse des Anwalts nur zurückgenommen werden können, wenn dies auf der Stelle geschieht, liegt eine zeitliche Schranke, deren Nichteinhaltung formales Recht erzeugt. Daraus folgt aber nicht, daß eine rechtzeitige Geständnißrücknahme unter allen Umständen auch an sich wirksam sein müsse. Nach Umständen kann der selbst augenblicklich erfolgte Widerruf des einmal gemachten Geständnisses als Wahrheitswidrigkeit und Chikane erscheinen, welchen Falls dem Richter unbenommen ist, dem formal zulässigen Widerruf die materielle Wirkung zu versagen. Wenn nun für Rücknahme des im motivirten Antrag niedergelegten Geständnisses eine zeitliche Beschränkung wie jene des Artikel 90 nicht besteht, so folgt daraus wohl, daß die an Zeitablauf geknüpfte formale Rechtserzeugung dieses Artikels für das Vorverfahren keine Geltung hat (Artikel 251), aber keineswegs, daß die der Einrede zeitlichen Versäumnisses nicht ausgesetzte Rücknahme eines Geständnisses im Vorverfahren auch an sich nicht bekämpft werden könnte.

Neben den erwähnten knüpft aber auch das Gesetz aus Gründen der Proceßökonomie [2]) juristische Wirkungen an den Inhalt des Antrages d. h. seine Vollständigkeit bezw. Unvollständigkeit. §§. 288 ff.

Die in zweiter und dritter Linie erwähnten Folgen richten sich gegen den Beklagten, die erstbezeichnete aber gegen den Kläger.

Nicht jede Klagsänderung ist verboten, sondern nur eine solche, welche nach der Vernehmlassung und gegen den Willen des Beklagten entweder in dem verfolgten Rechtsanspruch mit Gesuch oder in seiner thatsächlichen Begründung vorgenommen werden will[3]).

I. Aenderungen im Rechtsanspruch, im thatsächlichen Grund und Gesuch der Klage sind nicht schlechthin, sondern nur insoferne unstatthaft, als sie zu einer wesentlich neuen Vertheidigung des Beklagten Anlaß geben [4]), d. h. im regulär ordentlichen Anwaltsproceß eine Wiederholung des Schriftenwechsels nöthig machen. Ob diese Nothwendigkeit gegeben, beruht im richterlichen Ermessen nach den Umständen des einzelnen Falles [5]).

Insbesondere [6]) sind, was

1. den verfolgten Rechtsanspruch (fundamentum actionis proximum), und in Verbindung hiemit das Klagegesuch betrifft, als unstatthaft alle Aenderungen in dem Gegenstande zu betrachten, an welchem der verfolgte Rechtsanspruch stattfinden soll. Als eine solche Aenderung gilt es aber nicht, wenn statt der ursprünglich geforderten Sache wegen deren Veräußerung oder wegen des Untergangs derselben die Entschädigung (id quod interest) gefordert wird [7]). Der hannoveranische Entwurf fügt noch eine dritte Alternative dahin bei [8]): „oder wegen sonstiger Unmöglichkeit der Gewährung desselben."

2) Abg. Ref. II, 101.

3) Artikel 180 P. O. Vgl. Artikel 225 und §. 278 über die materiellen Erfordernisse der Klageschrift.

4) Von der hannöver. Commission wurde die Aufnahme dieses allgemeinen Satzes abgelehnt. Hannöv. Prot. 1565—1591.

5) Abg. Prot. I, 251, 252.

6) Die in den Artikeln 181 und 182 aufgeführten Fälle sind exemplificativ, nicht ausschließend gemeint. Abg. Ref. II, 74 init.; Abg. Prot. I, 251, 252.

7) Artikel 182 Absatz 1 Pr. O., zweite Alternative.

8) §. 235.

Der Vorschrift der bayerischen Prozeßordnung unterliegt derselbe Sinn.

Aenderungen im Umfange des verfolgten Rechtsanspruchs (Gesuch) können nach doppelter Richtung vorkommen. Bestehen sie in Beschränkungen der Klage, so sind diese dem Kläger unter allen Verhältnissen gestattet; doch hat er die durch die frühere Ausdehnung etwa veranlassten Kosten zu tragen[9]. Zusätzliche Erweiterung[10] und Vervollständigung der Klage aber ist in jedem Stand der Sache jedenfalls dann gestattet, wenn jene Zusätze Puncte betreffen, welche mit dem Gegenstand der Klage zusammenhängen und von der Entscheidung über dieselbe abhängig sind, wie Nebenansprüche an Früchten, Zinsen und Entschädigungen oder weitere Ansprüche, welche seit Anstellung der Klage aus dem nämlichen thatsächlichen Klaggrunde[11] erwachsen sind[12]. Bei den Verhandlungen wurde als Beispiel für solch weitere Ansprüche der Fall angeführt, wenn im Laufe des Processes weitere Ratenzahlungen fällig werden[13] oder wenn aus demselben thatsächlichen Verhältniß verschiedene Störungen erwachsen. Es stellt Jemand Klage, weil er durch einen Neubau in einer ihm zustehenden Servitut gestört wird; im Verlauf der Sache zeigt sich, daß noch eine zweite Servitut durch diesen Neubau beeinträchtigt wird[14].

Allerdings läßt sich im letzterwähnten Beispielsfalle mit mehr Grund sagen, es liege eine unstatthafte Klagsänderung vor, da die weitere Servitut ein weiteres Klagsfundament darstellt und im Widerspruchsfall bewiesen werden müsste. Es wurde noch ein weiteres Beispiel von einer Collationsverbindlichkeit hergenommen[15], wobei es von den Umständen des Falles abhänge, ob die Klagsänderung zulässig ist oder nicht. Ueberhaupt ist Klagsänderung durch Forderung eines Mehrbetrags nach allgemeinen Grundsätzen[16] statthaft, wenn letztere keinen Anlaß zu einer neuen, von dem Inhalte der Klagsbeantwortung wesentlich abweichenden Vertheidigung enthält[17].

Aenderungen in Bezug auf das verfolgte Recht sind als Alterationen der Identität des Klagegegenstandes unstatthaft.

Der Kläger hat aus einem Testament ursprünglich die eigenthümliche Ueberlassung eines Gutes verlangt. Der Beklagte wendet ein, daß dieses Testament späterhin aufgehoben und durch ein anderes ersetzt wurde. Unter solchen Umständen wäre eine Klagsänderung dahin, daß Beklagter verurtheilt werde, dem Kläger den Besitz jenes Gutes zu überlassen, da ihm durch das neue Testament der usufructus legirt sei, ganz abgesehen von der unstatthaften Unterschiebung eines neuen Erwerbstitels (späteres Testament vgl. fol-

9) Artikel 183 Pr. O.
10) Klagsänderung durch Erweiterungen des Gesuchs, wovon ausschließend Artikel 182 der Pr. O. spricht. Vgl. Artikel 705 Pr. O.
11) Vgl. Abg. Prot. I, 286.
12) Artikel 182 Absatz 2 Pr. O.
13) Abg. Prot. I, 251.
14) Abg. Prot. I, 251—252.
15) Abg. Prot. I, 252.
16) Vergl Ziffer I Eingang.
17) Art. 182 Abs. 1, erste Alternative.

gende Ziff. 2) auch deshalb unzulässig, weil es sich dort um Eigenthum und Eigenthumsbesitz, hier aber um ein dingliches Sonderrecht und dessen Ausübung handelt [18]). Aus gleichem Grund unzulässig wäre die Substituirung eines Darlehens an Stelle des ursprünglich eingeklagten Depositums oder, wenn die Klage aus einem Vertrage erhoben worden ist, die spätere Substituirung eines Entschädigungsanspruchs aus einem Delict, einer blosen culpa [19]).

Nicht zu verwechseln mit einer Aenderung des Rechtsanspruchs selbst ist die Aenderung des technischen Namens der Klage z. B. einer condictio sine causa statt der condictio indebiti, die Berichtigung von Rechtsausführungen, überhaupt die Ergänzung und Berichtigung von Puncten, die außerdem von Amtswegen hätten erforscht werden müssen.

Aenderungen der in der Ladung niedergelegten Proceßbitte sind, wenn es sich um den Uebergang vom regulärordentlichen zum abgekürzten Anwaltsproceß handelt, statthaft. (Artikel 259 Pr. O.) Der Uebergang von einer außerordentlichen Procedurart zum ordentlichen Verfahren kann ohne Abstand vom bisherigen Proceß nicht wohl vorkommen.

2) Die thatsächliche Begründung der Klage anlangend (fundamentum actionis remotum), so sind als Aenderung nicht zu betrachten Nachträge, welche nur die Erläuterung undeutlicher oder die Ergänzung unvollständiger Anführungen oder die Berichtigung offenbarer Irrthümer in einzelnen Ausdrücken, Bezeichnungen, Namen oder Zahlen zum Gegenstande haben. Gleiches gilt, wenn die Erhöhung der Forderung sich nur als eine richtigere Berechnung aus den Ansätzen der Klage darstellt [20]).

Solche Nova können selbst noch in der Berufungsinstanz nachgetragen werden [21]).

Dagegen ist es als eine unstatthafte Aenderung zu betrachten, wenn auch bei festgehaltener Identität des verfolgten Rechtsanspruchs und des Gegenstandes, woran jener stattfinden soll, diesem Anspruch eine andere factische Unterlage unterschoben wird, so wenn in der Klage die Ueberlassung eines Gutes auf Grund eines notariellen Testaments vom 10. August 1868 begehrt und nun in dem motivirten Antrage des Klägers mit der Einräumung, daß jenes Testament aus gewissen Gründen nichtig sei, die Behauptung verbunden wird, daß der Erblasser späterhin ein neues fehlerfreies Privat-Testament gleichen Inhalts errichtet habe. Ein Fall zulässiger Aenderung aber läge vor, wenn auf des Beklagten Entgegnung, daß der Erblasser im Jahre 1868 gar kein Testament gemacht habe, die Klage dahin berichtigt wird, daß das fragliche Testament allerdings nicht vom 10. August 1868, sondern vom 10. August 1869 datire. Denn hier ist nicht eine andere Thatsache behauptet, sondern eine Modalität derselben Thatsache berichtigt.

Hätte der Kläger dem Beklagten zwei Darlehen gleichen Betrags

---

18) Abg. Prot. I, 251.
19) Abg. Prot. IV, 38. Solche sind natürlich in appellatorio unstatthaft.
20) Artikel 181 Pr. O.
21) Abg. Prot. IV, 38.

am selben Tage, das eine zu 5 %, das andere zu 4 % gegeben und ersteres eingeklagt, wollte aber hinterher, einsehend, daß er jenen Anspruch aus welchen Gründen immer nicht durchsetzen könne, der Klage den letzteren Anspruch unterschieben, indem er nun statt der früheren 5 % nur 4 % fordert, so wäre dies unter den obwaltenden Umständen unstatthaft, während eine solche Aenderung zulässig wäre, wenn es sich unter den Streittheilen überhaupt nur um ein Darlehen handelte.

Der hannöver. Entwurf[22]) rechnet zu den unerlaubten Aenderungen im thatsächlichen Klagsgrunde auch den Fall, wenn die Partei geändert wird[23]). Es gehört hieher nicht blos das Auftreten anderer Personen, sondern auch das Auftreten derselben Person in anderer Eigenschaft z. B. als gesetzlicher Vertreter, Bevollmächtigter, während diese bisher in eigenem Namen procedirte oder umgekehrt. Selbstverständlich sind solche Aenderungen unstatthaft; indessen handelt es sich hiebei nicht sowohl um Klagsänderung als um eine Succession in die Parteirollen, wovon später die Rede sein wird.

II. Wesentliche Klagsänderungen sind nur dann unerlaubt, wenn sie nach der Vernehmlassung vorgenommen werden wollen[24]).

1) Unter Vernehmlassung ist im regulär ordentlichen Anwaltsproceß die schriftliche Klagsbeantwortung im Vorverfahren d. i. im motivirten Antrage, allenfalls auch erst in dem hinterlegten Antrage des Beklagten (Artikel 229—231), aber nicht die mündliche Klagsbeantwortung bei der öffentlichen Verhandlung[25]) zu verstehen.

Die Klageschrift bildet die Grundlage des ganzen Rechtstreits im Anwaltsproceß. Jede wesentliche Abänderung daran alterirt die Identität des Processes, darf daher zu einer Zeit, wo in Beziehung auf sie die Vertheidigung des Beklagten, wenn auch nur vorbereitungsweise für die mündliche Verhandlung, bereits abgegeben ist, nicht mehr statthaben.

Würde das Verbot der Klagsänderung auch im ordentlichen Anwaltsproceß erst mit der mündlichen Klagsbeantwortung in der Sitzung eintreten: so würde entweder des Beklagten Recht auf ungeschmälerte Vorbereitung hiezu in unzulässiger Art beeinträchtigt[26]), — oder es würde, wenn wieder auf den Beginn des schriftlichen Vorbereitungsverfahrens zurückgegangen werden wollte, der bereits in der Hauptsache gepflogene Schriftenwechsel illusorisch gemacht, ein Ausweg, der aus Gründen der Proceßökonomie abgeschnitten werden wollte. Vom Kläger kann billig verlangt werden, daß er bei der Klagestellung schon sich klar macht und in der Klageschrift ausdrückt, was, wieviel und aus welchem Grunde er dies begehrt[27]).

22) §. 235 a.

23) Vgl. hannöver. Prot. 1571.

24) Artikel 180 Pr. O.

25) Wie in den Verfahrensarten ohne vorgängigen Schriftenwechsel, im abgekürzten Anwaltsproceß, im einzeln- und handelsgerichtlichen Verfahren, in manchen außerordentlichen Proceduarten.

26) Abg. Prot. I, 251.

27) Abg. Ref. II, 73; Abg. Prot. I, 251.

Die Vorschrift, welche den Eintritt des Verbots der Klagsänderung schon an die Abgabe der schriftlichen Vernehmlassung anknüpft, verhält sich strenge genommen nicht als Ausnahme zu der in Artikel 251 der Proceßordnung ausgesprochenen Unpräjudicirlichkeit des Vorverfahrens [28]). Der Artikel 251 hat nur die Versäumnisse im vorbereitenden Schriftenwechsel des eingeleiteten Anwaltsprocesses im Auge. Die Klagestellung gehört aber hiezu nicht; denn sie ist kein blos vorbereitender, sondern ein völlig definitiver selbständiger Proceßact.

2) Unter Vernehmlassung versteht das Gesetz die Gesammtantwort des Beklagten auf die Klage, folgerecht nur einen solchen motivirten Antrag, welcher die Streiteinlassung des Beklagten enthält bezw. mitenthält. Ein nach Artikel 232 der Proceßordnung auf privilegirte Einreden im Sinne des Artikel 185, 186, 188 beschränkter motivirter Antrag schließt die Klagsänderung noch nicht aus. Theilt der Beklagte einen motivirten Antrag nicht mit, hinterlegt aber Anträge, in welchen dessen Streiteinlassung enthalten ist, so tritt von da ab das Verbot der Klagsänderung ein.

Daß der Ausdruck „Vernehmlassung“ in Artikel 180 in dem vorerwähnten Sinne gebraucht ist, ergiebt sich aus Artikel 157 Abs. 3 der Proceßordnung, wo der gleiche Ausdruck zweifellos im Sinne von Klagsbeantwortung einschließlich der litiscontestatio gebraucht wird, während in den Verhandlungen ausdrücklich constatirt ist, daß derselbe hier und dort die gleiche Bedeutung habe [29]). Im selben Sinne gebraucht die Proceßordnung in Artikel 74 Abs. 2 den Ausdruck „Beantwortung der Klage“ im Gegensatz zur privilegirten Einrede (Artikel 186 Proceßordnung) der Benennung des rechten Besitzers [30]). Ueberhaupt schließt sich die neue Proceßordnung in den Bestimmungen über Klagsänderung nicht dem französ. Rechte, das solche schon mit der Ladung ausschließt, sondern den Grundsätzen des deutschen Processes (Cod. jud. cap. IV §. 13) an. Unverkennbar liegt ihr die Tendenz zu Grunde, Klagsänderungen zeitlich möglichst und so lange zu gestatten, als der Beklagte nicht über die Hauptsache d. i. gerade jene Puncte geantwortet hat, welche späterhin zu ändern das Verbot der mutatio libelli hindert.

Erhält durch dergleichen, nach einem motivirten Antrage im Sinne des Artikel 232, aber vorgängig einem solchen im Sinne des Artikel 231 der Proceßordnung vorgenommene Klagsänderungen der Beklagte wiederholten Anlaß zu Proceßeinreden, so sind ihm diese unbenommen und der Kläger hat die bezüglichen Mehrkosten zu tragen.

III. Klagsänderungen sind nur dann unstatthaft, wenn sie gegen des Beklagten Willen vorgenommen werden. Das Verbot ist also kein absolutes, von Amtswegen zu handhabendes. Argum:

---

28) So ist die Sache aufgefaßt in den hannöver. Prot. 1435—1436, in den Motiven zum bayerischen Entwurf Artikel 156 S. 550, im Abg. Ref. II, 73 und im Abg. Prot. I, 251.

29) Abg. Prot. I, 252.

30) Vgl. Abg. Prot. II, 111 und §. 119.

„der Beklagte kann sich Aenderungen widersetzen ꝛc.“ [31]).

In ihm liegt das dem Beklagten mit der Zustellung seiner Klagsbeantwortung erworbene Recht, sich jeder von da ab versuchten Klagsänderung zu widersetzen. Dem Beklagten steht zur Geltendmachung seines Rechtes eine Proceßeinrede zu. Ueber die Natur dieses Einwandes als einer solchen vgl. hannöver. Prot. 1591—1596.

Anlangend endlich die Art der Vornahme einer statthaften Aenderung der Klage im contradictorischen Verfahren des ordentlichen Anwaltsprocesses, so hat dieselbe in der Regel durch Anwaltsact zu geschehen. Ob dieser der Gegenpartei selbst (Zustellung von Partei zu Partei) oder dem Gegenanwalte zuzustellen ist, hängt davon ab, ob die Klagsänderung während des eingeleiteten Anwaltsprocesses [32]) vorgenommen wird oder nicht. Die dem Beklagten zur Zeit laufende Erscheinungsfrist beginnt in diesem Fall von der erwähnten Zustellung gerechnet auf's Neue, desgleichen die etwa im Lauf befindliche Frist zur Abgabe des beklagtischen motivirten Antrags [33]).

## 2.

### Unterlassung und Verspätung der Mittheilung. Rechtliche Natur der Fristen des Schriftenwechsels.

### §. 287.

I. Die Frist des Artikel 231 der Proceßordnung [1]).

Im deutschen Proceß bildet das schriftliche Parteivorbringen das unmittelbare und alleinige Aburtheilungsmaterial. Insoweit solches nicht vorliegt, fehlt der Gegenstand der Aburtheilung. Quod non in actis, non in mundo. Wurde, obwohl Stoff dafür vorhanden war, Vertheidigungsmaterial nicht vorgebracht, so äußert sich die Wirkung dieser Versäumniß im Ausschlusse der Partei mit ihren Eingelenken. Dem Falle des Nichtvorbringens steht der Fall des Vorbringens nach Fristablauf gleich.

Im bayerischen Proceß bildet lediglich das mündliche Vorbringen in der Verhandlung das Aburtheilungsmaterial. Dieselben Folgen, welche im deutschen Proceß sich an den unbenützten Ablauf der Frist knüpfen, treten demgemäß nach bayerischem Recht in Ansehung des in der Verhandlung Nichtvorgebrachten mit Schluß der letzteren ein [2]).

Indessen hat der regulär-ordentliche Anwaltsproceß die Besonderheit, daß der mündlichen Verhandlung ein Schriftenwechsel vorausgehen soll. Demgemäß fragt sich, in welchem Verhältniß dieser zur mündlichen Ver-

31) Artikel 180 Pr. O.
32) Vgl. §§. 263 Ziffer II, 281.
33) Argum. Artikel 299, 302.
1) Quellen zu Artikel 231 Pr. O. sieh bei §. 282.
Quellen zu Artikel 242 Abs. 2 Pr. O. sieh bei §. 304.
Quellen zu Artikel 251 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 101; III, 35—36.
Abg. Prot. II, 39—40, 104, 113, 121, 143, 450; IV, 72, 124.
R. Ref. I, 10; II, 110—112.
R. Prot. II, 32—34; IV, 35.
2) Artikel 158, 251, 253, 297, 301, 303 Pr. O.

handlung steht, m. a. W. welche Wirkungen sich an die gänzliche Unterlassung oder verspätete Mittheilung der motivirten Anträge knüpfen. Die Frage beantwortet sich aus dem auf die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung gerichteten Zwecke des Schriftenwechsels. Man unterscheide die Folgen der Unterlassung ꝛc. für die Sache selbst und die Folgen der Unterlassung für das Urtheil im Kostenpunct.

1) Folgt dem Schriftenwechsel eine mündliche Verhandlung überhaupt nicht, so ist er bedeutungslos.

Werden in Fällen, wo von keiner Partei oder nur von der einen ein motivirter Antrag mitgetheilt und doch die Sache zur Sitzung angemeldet wurde, gleichwohl hier die Anträge anstandslos von beiden Theilen hinterlegt oder geschieht Letzteres, obschon im Schriftenwechsel eine Verspätung unterlaufen war: so bleibt dort der Schriftenwechsel als unnöthig, hier die Verspätung als belanglos außer Betracht, da sich die Parteien thatsächlich vorbereitet zeigen [3]). Ergiebt sich später, daß die Sache nicht ohne allen oder ohne weiteren Schriftenwechsel zu Ende gebracht werden kann, so steht immerhin dem Gerichte die Befugniß zu, den Schriftenwechsel nachholen oder ergänzen zu lassen. Vgl. §. 294.

Anders in dem Falle, wenn sich die durch Nichtmittheilung oder verspätete Mittheilung verkürzte Partei dieses freiwillig nicht gefallen lassen will. Zwar kann sie, da der Schriftenwechsel die Verhandlung nur vorbereitet, nicht den Ausschluß der säumigen Partei mit ihren Eingelenken begehren. Aber ebenso wenig kann ihr Gegner deren sofortigen Eintritt in die Handlung, d. h. die Hinterlegung der Anträge verlangen, da sie nicht schuldig ist, auch nur durch Antragshinterlegung zur Gegenrede zu stehen, ehevor sie zeitig Kenntniß vom Vorbringen des Widerparts erhalten hat. In diesem Sinne ist der Schriftenwechsel obligatorisch und erzwingbar durch die dem verkürzten Theil zustehende Befugniß, den Eintritt in die Handlung zur Zeit mittels eines Vertagungsantrags (Proceßeinrede der verfrühten Verhandlung resp. Hinterlegung) zu verweigern [4]).

Dieses ist nun anzuwenden auf den beklagtischen motivirten Antrag. Man unterscheide:

a) den Fall gänzlich unterlassener Mittheilung.

Ist die Frist zur Zustellung des beklagtischen motivirten Antrags fruchtlos verstrichen, so kann jede Partei die Sache zur Verhandlung anmelden [5]). Geschieht dies, so muß der Kläger drei Tage vor der Sitzung dem Beklagten seinen motivirten Antrag, der dann freilich nur die Klageschrift reproduciren, aber ebendeshalb äußerst kurz sein kann (Artikel 230 Abs. 4), zustellen lassen.

Will der Beklagte bei der Hinterlegungstagfahrt seinerseits

3) Vgl. Abg. Prot. II, 31. Dies muß um so mehr zulässig erscheinen, als im Falle des Artikel 259 der Pr. O. (abgekürzter Anwaltsproceß) schon eine Partei allein das Recht hat, die Sache unter Umgehung jeden Schriftenwechsels sofort zur Verhandlung selbst zu bringen.

4) Vgl hannöver. Prot. 1545 und die folgende Anmerkung 6.

5) Artikel 234 Pr. O.

einen Antrag hinterlegen welchen Inhalts immer [6]), so hat der Kläger das Recht hiegegen die obenerwähnte Proceßeinrede auf Aufhebung der Hinterlegungstagfahrt und zugleich richterliche Anordnung der Mittheilung des beklagtischen motivirten Antrags in bestimmter Frist zu erheben. Argum:

„Die motivirten Anträge dienen als Grundlage für die Ver„handlung [7]). Durch den Ablauf der für das Vorverfahren „festgesetzten Fristen werden die betreffenden Handlungen nicht „ausgeschlossen, sondern können die Parteien diese Handlungen „noch nachträglich vornehmen" [8]).

„Dem Vertagungsbegehren der um die Mittheilung verkürz„ten Partei muß entsprochen werden, wenn der Gegenanwalt „den vorschriftsmäßig mitzutheilenden motivirten Antrag über„haupt nicht hat zustellen lassen" [9]).

Im richterlichen Ermessen steht es, mit Aufhebung der Hinterlegungstagfahrt zugleich der Wiederanberaumung zu verbinden. Geschieht dies nicht, so muß die Sache, um wieder in Gang gebracht zu werden, neuerdings zur Wochentabelle angemeldet werden. Artikel 243 Abs. 2 Pr. O.

b) Der Fall verspäteter Mittheilung.

Es ist dem Beklagten unbenommen, auch noch nach Ablauf der 15tägigen Frist des Artikel 231 seinen motivirten Antrag zuzustellen.

Hat vor dieser Zustellung eine Anmeldung der Sache zur Sitzung noch keinerseits stattgefunden, so kann von einer Beeinträchtigung des Klägers durch verspätete Mittheilung keine Rede sein, da ihm unter allen Umständen bis zur Hinterlegungstagfahrt die gesetzliche Frist zur Bearbeitung seines Schlußantrags

---

6) Anders nach dem preußischen Entwurf. Das Recht auf Vertagung hat der Kläger nur dann, wenn der Antrag, welchen der Beklagte hinterlegen will, mehr enthält als einfachen Klagswiderspruch und hiedurch geeignet ist, Aenderungen am Inhalte des klägerischen Antrags zu veranlassen oder den Kläger zu weiterer Information und Vorbereitung zu nöthigen. Hienach erscheint der Schriftenwechsel des preuß. Entwurfs nicht in allen Fällen obligatorisch, sondern in den eben erwähnten nur zuläßig. Ist eine begründete Vertagungseinrede nicht zu fürchten, so können die Anwälte jeden Schriftenwechsel unterlassen, insbesondere kann der Beklagte, wenn er nur die Klage widersprechen will, ohne den Ablauf der für seinen motivirten Antrag laufenden Frist abzuwarten, gleich auf die Klagszustellung die Sache bei Gericht anmelden. Vgl. §§. 304 und 305 preuß. Entw. Vgl. die entgegengesetzte Bestimmung in Artikel 234 der bayr. Pr. O.

Der preuß. Entw. konnte die erwähnten Vorschriften aufnehmen, weil er die andere hat (§. 302), daß unabhängig von den Bestimmungen über den vorbereitenden Schriftenwechsel jeder Anwalt verpflichtet ist, erhebliche Thatsachen, worauf sich der Gegenanwalt ohne vorhergehende Erkundigung voraussichtlich nicht erklären kann, dem Gegenanwalte vor der Sitzung zeitig mitzutheilen, widrigenfalls seiner Partei die Kosten der nöthig werdenden Vertagung zur Last fallen.

7) Artikel 230 Absatz 1 Pr. O.

8) Artikel 251 Absatz 1 Pr. O.

9) Artikel 242 Absatz 2 Pr. O.

freibleibt [10]). Eine Verschiebung der Hinterlegungstagfahrt in solchem Fall würde weder Grund noch Zweck haben. Die etwa vor Wochen geschehene Thatsache verspäteter Antragszustellung könnte nicht ungeschehen gemacht werden, möchte auch eine noch so lange Vertagung bewilligt werden.

War aber die Sache schon vor jener verspäteten Mittheilung zur Sitzung angemeldet worden [11]), so ist der Kläger allerdings in der letzterwähnten Frist verkürzt. Indessen handelt es sich nicht mehr um Zustellung des jetzt wirklich mitgetheilten beklagtischen Schriftsatzes, sondern höchstens darum, die dem Kläger durch jene Verspätung geschmälerte Zeit zur Prüfung und zur Vorbereitung seiner Schlußerinnerungen dadurch zu ersetzen, daß die Hinterlegungstagfahrt auf eine spätere Zeit verlegt wird.

Hiebei sind zwei sehr verschiedene Fälle möglich.

Die Mittheilung des beklagtischen motivirten Antrags kann so spät erfolgt sein, daß zwischen ihr und der Hinterlegungstagfahrt nicht einmal drei volle Tage in der Mitte liegen. In diesem Fall hat der Kläger ein unbedingtes Recht auf Verschiebung der Hinterlegungstagfahrt [12]), mag auch die Sache noch so einfach und klar, z. B. beklagterseits bloser Widerspruch eingelegt sein, und mag an jenen drei vollen Tagen auch nur ein Minimum fehlen. Hiemit soll dem Schlendrian der Praxis vorgebeugt werden. Allerdings wird der klägerische Anwalt, der am raschen Proceßgang vorwiegendes Interesse hat, von seinem formellen Recht auf Verlegung der Hinterlegungstagfahrt in besonders einfachen Sachen und, wenn seine Vorbereitung nicht wesentlich beeinträchtigt erscheint, keinen Gebrauch machen und sich mit einer etwas späteren Anberaumung der Verhandlungstagfahrt begnügen [13]).

Ist der motivirte Antrag des Beklagten zwar volle drei Tage vor der Hinterlegungstagfahrt, aber erst nach Ablauf der 15tägigen Frist des Artikel 231 mitgetheilt worden, so besteht für den Kläger kein unbedingtes Recht auf Verschiebung der Hinterlegungstagfahrt. Es steht vielmehr im richterlichen Ermessen nach den Umständen d. i. der Lage der Sache und der Zeit, welche dem Kläger noch zur Fertigung seines Schlußantrags blieb, Vertagung zu bewilligen oder zu versagen, letzternfalls vielleicht nach stattgehabter Hinterlegung die Verhandlungstagfahrt etwas weiter hinaus anzuberaumen. Ist vom Beklagten die 15tägige Frist nur unbedeutend überschritten z. B. statt am 15. am 16. oder 17. Tag zugestellt worden, so wäre, wenn das Gericht deshalb allein schon einem klägerischen Vertagungsantrage stattgeben müßte, der Chikane, den materiell unbegründetsten Vertagungsbegehren Thür und Thor geöffnet. Dies will das Gesetz verhüten. Der unbenützte Ablauf der 15tägigen Frist des Artikel 231 hat unbe-

10) Artikel 237 Absatz 5 Pr. O.
11) Artikel 234 Pr. O.
12) Artikel 242 Absatz 2 Pr. O.
13) Abg. Prot. II, 31.

dingt nur die Folge, daß die Sache nunmehr zur Sitzung angemeldet werden darf (Artikel 234), aber keineswegs die Wirkung, daß unter allen Umständen die Hinterlegungstagfahrt verschoben werden müßte. Zwar ist nicht anzunehmen, daß vom Kläger unbegründete und sachverzögerliche Vertagungsanträge gestellt werden. Allein das Gesetz will selbst die Möglichkeit solchen Mißbrauchs abschneiden. Dies geht unzweideutig auch aus Artikel 251 Abs. 1 der Proceßordnung hervor [14]).

2) Die Partei, welche eine Verzögerung des Processes herbeiführt, indem sie die Verschiebung der Hinterlegungstagfahrt mit (Ziffer 1 lit. a) oder ohne Wiederaufnahme des Schriftenwechsels (Ziff. 1 lit. b) durch Unterlassung oder Verspätung der Mittheilung der Anträge veranlasst [15]), hat für die hieraus entspringenden Nachtheile einzustehen. Insbesondere sind die im Falle solcher Vertagung hierauf erwachsenen Kosten und der Ersatz etwaiger Schäden der säumigen Partei zu überbürden [16]).

Diese, die Oekonomie des Processes wesentlich fördernde Vorschrift ist übrigens nur eine Consequenz des allgemeinen Grundsatzes, daß selbst die obsiegende Partei jene Kosten nicht ersetzt verlangen kann, welche sie verschuldet hat [17]).

II. Die Frist des Artikel 232 der Proceßordnung [18]).

Die Frist des Artikel 232 bildet schon dadurch eine Ausnahme von der Regel, daß sie in der Dauer auf acht Tage beschränkt ist (§. 285 Ziff. II).

Sie ist aber auch nach ihrer rechtlichen Natur von der Frist des Artikel 231 wesentlich verschieden, insoferne ihr ein sachlich präjudicieller Charakter zukommt.

„Will der Beklagte vorläufig nur eine oder mehrere der im Arti-
„kel 185 und 186 bezeichneten Einreden vorbringen, so muß er
„seinen auf diese Einreden beschränkten motivirten Antrag inner-
„halb acht Tagen nach Ablauf der Erscheinungsfrist zustellen las-
„sen, widrigenfalls er des Rechts, solche Einreden ohne gleichzei-
„tige Einlassung in der Hauptsache vorzubringen, verlustig
„wird."

Was nun

1) den Eintritt dieses Präjudizes betrifft, so knüpft er sich an den unbenützten Ablauf der achttägigen Frist und an die Nichtbeschränkung des bezüglichen Schriftsatzes auf Einreden der im Artikel 185 und 186 bezeichneten Art.

---

14) Vgl. R Ref. I, 38—39; R Prot. II, 26—27; Abg. Ref. III, 35.
Nach dem Code de proced. hat der Kläger eine ähnliche Frist für die Replik, wie sie die bayrische Proceßordnung nur für die Antwort auf die Klage gewährt. Code proc. Artikel 77 und 78. Ein Recht auf Vertagung für den Fall der Nichteinhaltung dieser Fristen gab es aber nicht. Ein solches gewährte implicite erst das Decret vom 30. März 1808 bei Nichteinhaltung der dreitägigen Frist vor der Sitzung.

15) Abg Prot. I, 76—77.

16) Artikel 251 Absatz 2 Pr. O.

17) Artikel 106 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Artikel 215 Absatz 3 Pr. O. und §. 157 Ziffer I lit. a.

18) Quellen zu Artikel 232 sieh' bei §. 282. Vgl. §§. 285, 288—289.

Wird zwar die achttägige Frist nicht eingehalten, aber späterhin gleichwohl ein auf jene Einreden beschränkter Antrag zugestellt, so ist das Privilegium separater Verhandlung und Aburtheilung verloren.

Wird gar kein motivirter Antrag zugestellt, weder ein solcher nach Artikel 232, noch ein solcher nach Artikel 231, und demgemäß unter Verschiebung der Hinterlegungstagfahrt die Nachholung des beklagtischen motivirten Antrags überhaupt angeordnet (Ziff. II, 1 lit. a), so steht gleichwohl dem Beklagten das Privilegium der Artikel 185, 186 und 232 nicht mehr zu.

Wird unter Einhaltung der achttägigen Frist ein Antrag zugestellt, der zwar Einreden der Artikel 185 und 186 enthält, aber nicht auf die zur gesonderten Entscheidung kommenden Vorfragen d. i. Proceßeinreden überhaupt beschränkt ist, sondern die Einlassung auf die Hauptsache mit umfasst, so ist das Privilegium separater Verhandlung und Aburtheilung der Ersteren gleichfalls verloren. Dies wird selbst dann der Fall sein, wenn die Einlassung nur eventuell geschah, weil Artikel 232 unbedingte Beschränkung auf Proceßeinreden nach Artikel 185 und 186 verlangt.

Hat der Beklagte ohne Berührung der Hauptsache mehrere der in Artikel 185 bezeichneten Einreden oder solche des Artikel 185 mit solchen des Artikel 186 in seinem rechtzeitig zugestellten Antrage verbunden, so wird er bei der Verhandlung immerhin noch verlangen können, daß diese auf die Einreden aus Artikel 185 oder eine derselben beschränkt werde, da ihm, auch wenn er nur eine der im Artikel 185 bezeichneten Einreden für sich allein geltend gemacht hätte, das Privilegium in Ansehung der Uebrigen gewahrt geblieben wäre. Vgl. §. 294 Ziff. V, 1 i. f. Würde man übrigens auch diese Ansicht für theoretisch nicht richtig halten, so empfähle sich gewiß in diesem Fall die richterliche Trennung der Verhandlung nach Artikel 157 aus innern Gründen.

2) Anlangend den Inhalt des durch Artikel 232 vorgezeichneten Präjudizes so besteht dieses nicht im Ausschlusse der betreffenden Einrede selbst, sondern im Verluste des Rechtes, sie zu separater Verhandlung und Aburtheilung zu bringen. Mit andern Worten die Verwirkung der in Artikel 232 enthaltenen Rechtsfolge degradirt jene privilegirten zu gemeinen Proceßeinreden, für welche dann Alles dasjenige gilt, was in Ansehung der letzteren vorgeschrieben ist. Vgl. §§. 290—291.

### 3.

### Unvollständigkeit des motivirten Antrags.

#### a.

#### Reihenfolge der Aburtheilung verschiedener Streitpuncte desselben Processes. Privilegirte Processeinreden.

#### §. 288 [1]).

Wie im §. 283 gezeigt kann die mögliche Vertheidigung des Beklagten gegen die Klage und den Klagsanspruch eine sehr mannigfaltige sein. Nicht blos, daß der Beklagte die Art der klägerischen Rechtsverfolgung bekämpfen, die Rechtsbegründung des Klagsanspruchs entkräften, die klagenderseits behaupteten Thatsachen negiren und die Wiederaufhebung des klägerischen Anspruchs überhaupt geltend machen kann: es zerfallen hinwieder namentlich die Vertheidigungsmittel gegen die klägerische Rechtsverfolgung (Proceßeinreden) und gegen den Klagsanspruch (materielle Einreden) in verschiedene Kategorien und Arten, von denen möglicher Weise jeder einzelne Vertheidigungsbehelf für sich allein schon hinreichen würde, den Klagsanspruch oder mindestens die Klage zu zerstören. Concurrente Vertheidigungsbehelfe.

Der Beklagte könnte nun allenfalls, auch wenn ihm eine concurrirende Mehrheit solcher Vertheidigungsmittel zu Gebote steht, sich vorerst auf ein Einziges beschränken, jeweils nur einen einzigen seiner mehreren Vertheidigungsbehelfe vorläufig gebrauchen und denselben mit Ausschluß der übrigen nicht blos allein verhandeln, sondern auch allein aburtheilen lassen, — wenn dieser Vertheidigungsbehelf urtheilmäßig verworfen wurde, auf einen zweiten jener concurrenten Behelfe zurückgreifen und sofort jedes weitere Vertheidigungsmittel immer erst nach vollständiger Durchführung und Aburtheilung des vorigen auf die Bahn bringen. Solcher Mißbrauch wäre um so bedenklicher, als eine Partei die das Urtheil verzögern oder ein Anwalt, der den Proceß ausbeuten will, selbst wenn solche Vertheidigungsbehelfe nicht zu Gebote stehen, sie in beliebiger Zahl erfinden könnte. Damit wäre die stete Wiederaufnahme der Sache und deren neue Aburtheilung veranlasst, das Ende jedes Processes aber in unabsehbare Ferne gerückt.

Gegen solche Möglichkeit der Proceßverschleppung besteht zunächst für jede Partei das Gebot, alle ihre Vertheidigungs- und Angriffsmittel auf einmal [2]) d. i. zu einmaliger Aburtheilung geltend zu machen. Die hiemit correspondirende Vorschrift, wonach auch im Urtheil über alle geltend gemachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel mit andern Worten über alle Streitpuncte in Haupt- und Nebensache zu erkennen ist [3]), sowie der Grundsatz der Unabänderlichkeit des einmal verkündeten Endurtheils seitens desselben Richters [4]) sichern den Zweck des vorerwähnten Gebots.

---

1) Vgl. Albrecht, die Ausbildung des Eventualprincips, Marburg 1837. Die Quellen zu Artikel 184 Pr. O. sieh' bei §. 290.

2) Dieser zutreffende Ausdruck ist im Reg. Entwurf Artikel 162 Absatz 1 gebraucht. Vgl. Abg. Prot. I, 255 init.

3) Vgl. §. 251.

4) Ausnahmen in Artikel 282—284 der Pr. O. Sie bezwecken übrigens die Durchführung des in Artikel 241 Absatz 2 des Reg. Entw. enthaltenen Princips.

Keine Partei darf ihr Vertheidigungsmaterial nacheinander, einen Behelf immer erst nach Aburtheilung des andern, sondern jede Partei muß alle ihre Vertheidigungs= und Angriffsmittel zusammen miteinander mindestens bis und bezw. vor der Aburtheilung der ganzen Sache vorbringen, damit in einem und demselben Urtheil über alle endlich entschieden werde. Solches gilt nicht blos von den gleichartigen Vertheidigungsbehelfen unter sich z. B. von Proceßeinreden, materiellen Einreden, sondern auch von den ungleichartigen d. h. von allen Vertheidigungsbehelfen zusammen. Diesen Sinn verbindet die Proceßordnung mit den Worten:

„Soweit das Gesetz nicht anders bestimmt, sind Einreden, welche „ohne die Sache selbst zu berühren, nur auf Grund von Proceß= „vorschriften die einstweilige Abwendung oder den Aufschub des „Processes bezwecken, **miteinander vorzubringen** und ist „**damit die Einlassung in der Hauptsache zu verbinden**[5]).

## §. 289[1]).

Von der im §. 288 dargestellten Regel, daß die beklagtischen Vertheidigungsbehelfe nicht successive je der eine nach endurtheilmäßiger Erledigung des andern nachgeschoben werden dürfen, daß vielmehr das gesammte Vertheidigungsmaterial, wenn auch in concurrenten Behelfen gleicher Richtung und Wirksamkeit bestehend, stets auf einmal zur Aburtheilung durch dieselbe Entscheidung gestellt werden soll, — giebt es Ausnahmen.

Gewisse Vertheidigungsbehelfe des Beklagten sind so einfach an sich, tragen in ihrer Begründung den Stempel der Evidenz so von vorneherein an der Stirne, daß, wo solche zu Gebote stehen und benützt werden wollen, es hart wäre den Beklagten zu nöthigen, damit auch alle seine übrigen Rechtsvertheidigungsbehelfe zum Zweck der Miterledigung in einem und demselben Urtheile zu verbinden, dies um so mehr, als diese evidenten Eingelenke immerhin hohe Wahrscheinlichkeit bieten, daß schon durch sie allein mindestens der dermalige Proceß abgewendet werden kann.

Für solche proceßhindernde Einreden (exceptiones litis ingressum impedientes, Proceßabwendungsmittel)[2]) ist demgemäß eine Ausnahme von der Regel der sog. Eventualmaxime aus überwiegenden Gründen der Zweckmäßigkeit statuirt. Allerdings ist möglich, daß der Beklagte mit einer

---

5) Artikel 184 Absatz 1 der Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 185 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 75—76.
Abg. Prot. I, 255—257, 286, 319.
R. Ref. LXXII.
R. Prot. I, 332.
Quellen zu Artikel 186 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 75—76; III, 28.
Abg. Prot. I, 255—257, 286, 319; IV, 38, 62.
R. Ref. LXXII—LXXIII.
R. Prot. I, 332—333.
Die Quellen zu Artikel 74 Absatz 2, Artikel 184, 241, 243, 245, 251 sieh bei §§. 118, 290, 305, 294, 306, 287.

2) Artikel 185, 186, 188 Pr. O. Die exceptio litis finitae, transactae rechnet die Pr. O. nicht hieher. Vgl. §. 283.

solchen Einrede gleichwohl unterliegt. Aber die Prozeßordnung hält auch für diesen Fall die Consequenz fest, daß des Beklagten sonstige Vertheidigungsmittel gegen die Klage vorbehalten bleiben.

I. Der Beklagte kann bis zur Beseitigung des Grundes seiner Einrede jede weitere Antwort verweigern,

1) wenn er die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die Proceßkosten vorschützt;
2) wenn er als Erbe oder wegen bestandener Gütergemeinschaft belangt wird und sich darauf beruft, daß die ihm nach bürgerlichen Gesetzen eingeräumte Bedenkzeit sich noch im Laufe befindet;
3) wenn er die Zulässigkeit der Klage aus dem Grunde bestreitet, weil der Kläger dem in einem frühern Verfahren gegen ihn ergangenen Urtheile noch nicht Genüge geleistet hat, ungeachtet hiedurch die Zulässigkeit der gegenwärtigen Klage bedingt ist[3]).

Zur Erläuterung dieser Vorschriften dienen folgende Bemerkungen. Dieselben verpflichten den Beklagten nicht[4]), sondern berechtigten ihn nur seine Antwort vorläufig auf die betreffende proceßhindernde Einrede zu beschränken. Will er dies nicht, so kann er mit einer solchen Einrede seine übrigen Proceßeinreden nebst der Einlassung in der Hauptsache verbinden[5]). Auf die Reihenfolge, in welcher die betreffenden Einreden im Gesetze aufgeführt sind, kommt für deren Geltendmachung im concreten Falle nichts an. Die im Artikel 185 bezeichneten Einreden brauchen nicht blos nicht mit der Einlassung und andern Proceßeinreden, sondern auch nicht einmal unter sich verbunden zu werden, jede derselben kann einzeln vorgebracht werden[6]). Die Befugniß des Beklagten, jede weitere Antwort zu verweigern, erstreckt sich übrigens nur bis zur Beseitigung des Grundes seiner Einrede z. B. bis zur erfolgten Leistung der Proceßkostencaution, bis zur wirklichen Erfüllung eines vorergangenen Urtheils. Die dem Erben und Gütergemeinschaftgenossen insbesondere (Artikel 185 Ziff. 2) gegebene proceßhindernde Einrede wird nicht immer erst durch den Ablauf der Bedenkzeit beseitigt, da er ja auch schon vor Ablauf derselben sich über Annahme oder Nichtannahme der Erbschaft rc. rc. erklären kann[7]). Hienach ist auch die Formel des betreffenden Urtheils einzurichten. Sie hat nicht immer auf Klagsabweisung sondern dahin zu lauten, daß der Beklagte bis zur Leistung einer Kostencaution von rc. rc. der Pflicht zur weiteren Einlassung enthoben, daß das Verfahren bis zum Ablaufe der Bedenkzeit für beruhend erklärt werde. Im Falle der Ziff. 3 des Artikel 185 ist aber allerdings auf Abweisung dieser Klage zu sprechen, weil die Erfüllung des früheren Urtheils eine Vorbedingung ihrer Zulässigkeit bildet.

Unter Ziff. 1 des Artikel 185 ist von der Sicherheitsleistung nur für die Proceßkosten, nicht auch für Nach- und Widerklage die Rede[8]). Wird die Einrede Ziffer 1 in Verbindung mit der Einrede Ziff. 2 und 3 vorgebracht, so empfiehlt sich aus innern Gründen gleichwohl ihre Separatver-

---

3) Artikel 185 Pr. O.
4) Wie der Regierungsentwurf wollte.
5) Abg. Prot. I, 256.
6) Abg. Prot. I, 255, 257.
7) Abg. Prot. I, 257.
8) Abg. Prot. I, 255.

handlung und Aburtheilung nach Artikel 157 der Proceßordnung (Richterliche Trennung des Verfahrens).

Die in Ziff. 2 bezüglich der ehelichen Gütergemeinschaft enthaltene Bestimmung ist vorzüglich durch das in der Rheinpfalz geltende Civilrecht veranlasst. Die überlebende Ehefrau kann nach diesem Rechte unter gewissen Voraussetzungen auf die Gütergemeinschaft verzichten und sich dadurch von der Haftung hinsichtlich der gütergemeinschaftlichen Schulden befreien. Zur Ausübung dieses Rechts steht ihr gleich dem Erben eine Inventarisations- und Deliberationsfrist frei. Deshalb stellt sie die Proceßordnung auch hier dem Erben gleich[9]). Behauptet dieser Einrede entgegen der Kläger, es sei der Erbschaftsantritt bereits erfolgt, so kann eine eigentliche Präjudialsache im Sinne des Artikel 190 der Proceßordnung gegeben werden.

Unter Ziff. 3 gehören nicht blos jene Fälle, in welchen eine neue Klage nicht früher erhoben werden darf, bis die Kosten eines früheren Verfahrens gedeckt sind z. B. in Artikel 188 Abs. 8, Artikel 303 und 498, sondern auch jene, in denen der Kläger zu einer neuen Klage nicht gelassen wird, bis er dem in einem frühern Proceß ergangenen Urtheil in der Hauptsache Genüge geleistet hat z. B. in Artikel 588 der Pr. O.[10])

II. Die unter Ziff. I erwähnten Einreden sind dem Cumulationsgebot der Eventualmaxime vollständig entrückt, da sie den Beklagten berechtigen, vorerst andere concurrente Eingelenke ganz außer Spiel zu lassen und sich auf den bezüglichen einzelnen Vertheidigungsbehelf zu beschränken.

Sie unterscheiden sich hiedurch von einer anderen Classe proceßhindernder Einreden, welche zwar auch dem Gebote der Cumulation mit sonstigem Vertheidigungsmaterial entrückt sind, aber keineswegs im gleichen Umfange.

Bei Proceßeinreden der in Artikel 186 bezeichneten Art ist der Beklagte nur von Mitgeltendmachung der Streiteinlassung in der Hauptsache[11]) (litis contestatio und zerstörende Einreden) befreit[12]). Stehen dem Beklagten mehrere Einreden aus Artikel 186 zugleich zu Gebot oder neben Einreden des Artikel 186 auch gemeine Proceßeinreden, so muß er die ersteren unter sich[13]) und mit den letzteren verbinden[14]).

Hieher zählt das Gesetz den Fall:

1) Wenn der Beklagte die Zuständigkeit des Gerichts bestreitet oder die Verweisung an ein anderes Gericht verlangt[15]).

---

9) Vgl. Abg. Prot. I, 256; hannöv. Entw. §. 232 Z. 7.

10) Abg. Prot. I, 257.

11) Die Worte „in der Hauptsache" wurden ausdrücklich beigesetzt, um jedem Mißverständniß vorzubeugen. R. Prot. I, 333.

12) Artikel 186 Eingang.

13) Die Vorschrift des Artikel 43 Abs. 2 Pr. O. enthält nur eine Consequenz der allgemeinen Regel.

14) Einreden aus Artikel 185 können mit den hier erwähnten verbunden werden, müssen es aber nicht. Geschieht Ersteres, so ist nach Erledigung des gesammten dermaligen Einredevorbringens dem Beklagten wohl gestattet, weitere Einreden des Artikel 185, nicht aber solche des Artikel 186 und gemeine Proceßeinreden vorzubringen.

15) Artikel 186 Ziffer 1 Pr. O. Vgl. Artikel 33.

Unter diesen Incompetenzeinreden sind die gerichtsablehnenden Einreden im weitesten Sinne verstanden. Es gehören hiezu die Einreden absoluter Incompetenz wegen Mangels einer Justizsache[16]), wegen Mangels der Jurisdiction des angegangenen Gerichts der Gattung und dem Werthe[17]) nach, — die Einreden territorialer Unzuständigkeit, — die Einreden, welche aus der gesetzwidrigen Constituirung des an sich zuständigen Gerichts abgeleitet werden, wie die exceptio judicis inhabilis vel suspecti (Ablehnung von Gerichtspersonen)[18]), die exceptio non rite formati judicii, die exceptio loci non tuti etc. etc., — die exceptio litis alibi pendentis, praeventionis[19]), connexionis causae[20]).

Wir werden mehreren dieser Einreden, der exceptio judicis inhabilis vel suspecti, der Einrede der Werthsincompetenz, der Territorialunzuständigkeit (prorogatio tacita), der exceptio litis alibi pendentis später (vgl. §. 291) noch einmal begegnen, da nämlich, wo von der Reihenfolge des Vorbringens dieser Einreden im betreffenden Schriftsatz ꝛc. ꝛc. gegenüber anderen ebendaselbst vorgebrachten Eingelenken die Rede ist. Das Gesetz legt dem Beklagten in Ansehung dieser Reihenfolge Pflichten auf und knüpft an deren Mißachtung den Verlust der Einrede selbst. Hier handelt es sich aber um das Recht des Beklagten, wenn er jenen Pflichten und der Vorschrift des Artikel 232 (vgl. §§. 285 und 287) entsprochen hat, die separate Aburtheilung zu verlangen.

2) Wenn der Beklagte die Einrede der nicht ordnungsmäßig erfolgten Ladung vorbringt[21]).

„Ladung" ist im strengen Sinne zu nehmen. Es ist die Einrede gegen die Giltigkeit des Actes der Ladung (defectus citationis). Hiezu gehören aber nicht blos Bemängelungen der Erfordernisse jenes Gerichtsvollzieheracts, mittels dessen die Klageschrift zugestellt wurde, sondern auch Erinnerungen wegen mangelnder Erfordernisse der zugestellten Klageschrift, die Einrede, daß dieselbe den Requisiten des Artikel 225 der Proceßordnung z. B. in der Bezeichnung des Streitgegenstandes nicht genüge.

Dagegen gehören nicht hieher sonstige Erinnerungen gegen die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens überhaupt, der nicht rite erfolgten Proceßeinleitung (Artikel 218, 219 Proceßordnung). Den Nichtigkeitseinreden im letzterwähnten Sinne werden wir in §. 291 begegnen.

Auch die Nichtvornahme gewisser nach dem Gesetze vor der Ladung zu unternehmender Schritte bezw. die darauf begründete Einrede gehört nicht hieher z. B. bei den Processen gegen den k. Fiscus

16) Vgl. hannöver. Prot. 1556—1558.
17) Artikel 188 Pr. O.
18) Artikel 40 ff. Pr. O.
19) Artikel 179 Pr. O.
20) Artikel 33 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. I, 257, 286; hannöv. Entw. §. 243.
21) Artikel 186 Ziffer 2 Pr. O.

die Nichteinhaltung der Vorschrift des Artikel 176 der Proceßordnung [22]).

3) Wenn der Beklagte eine Einrede vorbringt, welche die Befähigung zur Proceßführung betrifft [23]).

Es gehört hieher die Einrede, daß dem Kläger die Fähigkeit wie die Befugniß zur Proceßführung fehle. Vgl. §§. 120 ff.

4) Wenn der Beklagte die Nothwendigkeit der Beiladung weiterer Personen behauptet [24]). Es ist der Fall gemeint, in welchem dem Beklagten das Recht zusteht, eine Beiladung selbst vorzunehmen oder vom Kläger zu verlangen, daß dieser sie bewerkstellige. Ersterenfalls handelt es sich nur um Aufschub des Verfahrens, letzternfalls darum, daß der Kläger beauftragt werde, die Beiladung binnen bestimmter Frist bei Meidung der Klagsabweisung vorzunehmen.

Die Frage über den Einfluß der Streitverkündung u. s. w. auf das Verfahren in der Hauptsache ist besonders geregelt [25]).

## b.

### Reihenfolge des Vorbringens zur selben Aburtheilung. Gemeine Proceßeinreden [1]).

### §. 290.

I. Das in §. 288 dargestellte Verbot reicht gegen Proceßverschleppung keineswegs aus. Wenn der Beklagte mit der Geltendmachung einzelner Vertheidigungsbehelfe, wenn der Kläger mit der Vorführung einzelner Repliken u. s. w. auch nicht bis zur erfolgten Aburtheilung, aber doch **bis nach Schluß** der gesammten Verhandlungen zuwartet und dann immer erst auf ein zweites und weiteres concurrentes Vertheidigungsmittel 2c. zurückgreift, weil er sich nun selbst von der Unzulänglichkeit des erstbenützten überzeugt hat, so würde das Resultat wohl dasselbe sein, wie in dem in §. 288 erörterten Falle. Es läge in der Hand einer verzögerungssüchtigen

22) Abg. Prot.. I, 255, 256, 257.
23) Artikel 186 Ziffer 2 Pr. O. Vgl. Artikel 158–162 Pr. O.
24) Artikel 186 Ziffer 3 Pr. O.
25) Abg. Prot. I, 255.
1) **Quellen** zu Artikel 184 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 75; III, 28.
Abg. Prot. I, 253—254, 286, 319; IV, 38, 62; 318, 365.
R. Ref. LXXII, und Band II, 88.
R. Prot. I, 332; IV, 26—27.
**Quellen** zu Artikel 188 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 76; III, 29.
Abg. Prot. I, 258—259, 286—288, 319; IV, 38, 62; 318, 365.
R. Ref. LXXII und Band III, 88—90.
R. Prot. I, 336—338; IV, 27—28.
**Quellen** zu Artikel 189 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 76.
Abg. Prot. I, 258—259, 286—288, 319.
R. Ref. LXXIII.
R. Prot. I, 338.
**Quellen** zu Artikel 39, 44, 157, 179, 251 sieh' bei §§. 111, 20, 231, 280, 287; **Quellen** zu Art. 218—220 bei der Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde. Vgl. **Albrecht** alleg. Abhandlung.

Partei, namentlich des Beklagten, es fast niemals zur Aburtheilung kommen zu lassen.

Dem gegenüber statuirt der bayerische wie der deutsche Proceß den selbstverständlichen Satz: Der Schluß der Verhandlung schneidet jedes weitere Parteivorbringen ab [2]; eine Wiederaufnahme der einmal geschlossenen Verhandlung findet nicht statt. Nur höchst ausnahmsweise leidet die letzterwähnte Vorschrift Ausnahmen wie in den Fällen des Artikel 274, 328 Absatz 4, Artikel 423, in den Fällen der Incidentrestitution (Artikel 216 Proceßordnung).

Hienach ist das Princip aufzustellen:

„Jede Partei, insbesondere die beklagte [3], hat alle ihr zur Hand „stehenden concurrenten Angriffs- und Vertheidigungsmittel im „Laufe des Verfahrens vorzubringen, mag auch jedes „für sich allein schon möglicher Weise hinreichen, sie gegen Klage „und Klagsanspruch, gegen Einrede und Widerklage &c. zu schützen „und gesetzt selbst, daß diese Behelfe untereinander im Widerspruche stünden."

II. Der deutsche Proceß zerfällt in eine successive Reihe von Stadien: Thatbestandsermittelung, Beweis, Rechtsdeduction. Jedes dieser Stadien enthält hinwieder in sich eine successive Reihe von Stufen oder Einzelacten. So zerfällt die Thatbestandsermittlung in Klage, Klagsbeantwortung, Replik, Duplik u. s. w., das Beweisstadium in Bezeichnung und Erhebung der Beweismittel &c. Alle diese Einzelacte aber bilden die gegliederte Totalität des deutschen Processes. Nicht blos jedes dieser verschiedenen Stadien, sondern selbst jeder einzelne Act innerhalb derselben stellt ein in sich geschlossenes selbständiges Ganze dar, welches nach seinem Abschlusse und im Verlauf der folgenden Einzelacte und Stadien nicht mehr ergänzt, berichtigt oder geändert werden darf. Auf jedes dieser für sich abgeschlossenen Stadien und Einzelacte in denselben findet selbständig das Gebot der Verbindung aller dahin gehörigen auch concurrenten Rechtsbehelfe Anwendung. Was im Stadium der Klagsbeantwortung nicht vorgebracht wurde, darf späterhin überhaupt nicht mehr nachgeholt werden &c. Die am Schlusse der Ziff. I fixirte Regel bestimmt hienach der deutsche Proceß näher dahin:

„Jede Partei hat nicht erst im Verlaufe des ganzen Processes, „sondern schon auf jeder Stufe des Verfahrens, der „Beklagte in der Klagsbeantwortung, der Kläger in der Replik &c., „alle ihr hier zu Gebote stehenden concurrenten Angriffs- und „Vertheidigungsmittel bei Meidung des Ausschlusses geltend zu „machen."

Nach der bayerischen Proceßordnung zerfällt der Proceß nicht in eine Anzahl für sich abgeschlossener Stadien, noch in eine Summe von Einzelacten. Er bildet rechtlich nur einen einzigen, die Stadien der Thatbestandsermittelung, Beweismittelbezeichnung, Beweismittelerhebung und juristischen Rechtfertigung zugleich und auf einmal, ungegliedert und ungesondert umfassenden Gesammtact. Daraus folgt, daß die Verpflichtung des

2) Vgl. §. 232 und Artikel 158 Pr. O.

3) Der Kläger in der Replik gegenüber der Vernehmlassung, in der Reconventionsexception gegenüber der Widerklage &c. Wie es sich bezüglich der Klage verhält, wenn der Klagsanspruch auf verschiedenen Titeln fußt, von welchen jeder für sich allein zur vollständigen Begründung des Klaggesuchs hinreicht, sieh' in §. 278.

Beklagten wie des Klägers und Widerbeklagten, alle zu Gebot stehenden concurrenten Angriffs- und Vertheidigungsbehelfe im Laufe des Verfahrens vorzubringen, — nicht an einzelne Acte oder Stadien innerhalb des Proceßverlaufs geknüpft sein kann. Vielmehr erscheint die Geltendmachung jedes Angriffs- und Vertheidigungsgrundes ungebunden an bestimmte Proceßabschnitte, frei innerhalb des Rahmens der ganzen Proceßverhandlung. Demgemäß ist das vorbezeichnete Cummulationsgebot nach der bayerischen Proceßordnung näher dahin zu bestimmen:

„Jede Partei muß alle ihr zu Gebot stehenden concurrenten An-„griffs- und Vertheidigungsbehelfe [4]) spätestens bis zum „Schlusse der dem Endurtheil unmittelbar vorherge-„henden mündlichen Verhandlung geltend machen."

Für den Schriftenwechsel im Anwaltsproceß, also auch den motivirten Antrag des Beklagten folgt hieraus, daß bei etwaiger Unvollständigkeit desselben der betreffenden Partei die Befugniß nachträglicher Vervollständigung des im Schriftsatze mangelhaften Vorbringens bis zur vorangegebenen Grenze offen bleibt. Dies spricht das Gesetz mit den Worten aus:

„Durch den Ablauf der für das Vorverfahren [5]) festgesetzten Fri-„sten werden die betreffenden Handlungen nicht ausgeschlossen, „sondern können die Parteien diese Handlungen noch „nachträglich durch Aenderungen oder Zusätze ergän-„zen und selbst (sowohl bei Hinterlegung der An-„träge [6]) als auch) bei der Verhandlung [7]) (und, wenn „diese sich nach einer Beweisaufnahme wiederholt, „bei der Schlußverhandlung) noch weitere Gesuche stel-„len" [8]).

Hiemit ist der Schwerpunct des Processes ausschließlich in die mündliche Verhandlung gelegt. Das Princip der Mündlichkeit der Verhandlung vor dem aburtheilenden Richter erhält hiemit seine wahre praktische Bedeutung. Könnte am status causae et controversiae, wie er durch den Inhalt der gewechselten Schriften und die dort eingetretenen Präclusionen einmal fixirt ist, nichts mehr abgeändert werden, so wäre die mündliche Verhandlung nur eine Declamationsübung [9]).

Indessen kann eine Partei (hier der Kläger), welcher gegenüber nachträglich Nova geltend gemacht werden, sei es bei der Hinterlegungs- oder Verhandlungstagfahrt, sei es durch Aenderungen, Zusätze, Ersetzungen oder Ergänzungen zum gegnerischen motivirten Antrag, immerhin in Beziehung auf diese, unvorbereitet sein. Demgemäß fragt sich, ob ihr unter solchen Umständen nicht wenigstens diejenigen Rechte zustehen, welche ihr zugestanden hätten, wenn ihr ein motivirter Antrag gar nicht oder der vollständige motivirte Antrag des Gegners verspätet zugestellt worden wäre. Vgl. §. 287.

---

4) Und Beweise, da diese processual den Parteibehauptungen gleichbehandelt werden. Vgl. §. 297.

5) D. h. der für die Mittheilung der motivirten Anträge festgesetzten Fristen. Abg. Prot. II, 121.

6) Artikel 241 Absatz 3 und 4 Pr. O.

7) Artikel 245 Absatz 2 und Artikel 247 Pr. O.

8) Artikel 251 Absatz 1 Pr. O.

9) Abg. Ref. II, 101.

Daß dem Gerichte unbenommen ist, solchen Falls nach Gestalt und Bedürfniß der Sache zu vertagen und die förmliche Wiederaufnahme des Schriftenwechsels zu verfügen, ist nicht zu bezweifeln [10]). Aber die Partei, hier der überraschte Kläger, hat ein unbedingtes Recht hierauf wie in den in §. 287 erläuterten Fällen keineswegs. Bestände ein solches, so wäre die Möglichkeit unabsehbarer Verzögerungen gegeben. Deshalb sind die Fälle, in welchen ein rechtzeitig abgegebener motivirter Antrag sich hinterher als unvollständig erweist und deshalb geändert oder ergänzt werden will, besonders geregelt. Wollen im contradictorischen Verfahren [11]) und zwar:

1) bei der Hinterlegungstagfahrt vom Beklagten am Gesuche seines motivirten Antrags Aenderungen oder Zusätze gemacht werden, so bedarf es einer besonderen Motivirung derselben nicht. Es ist aber in diesem Falle dem Gegenanwalt Abschrift des nunmehrigen Gesuchs vor oder spätestens bei der Hinterlegung von kurzer Hand d. i. unter Umgehung förmlicher Zustellung — mitzutheilen [12]).

   Hieraus folgt, daß blose Aenderungen der Motivirung ohne Modification des Gesuchs dem Gegner durch Schriftenwechsel nicht mitgetheilt werden müssen. Die Begründung der Gesuche ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Beruht freilich die Gesuchsänderung auf einer ganz neuen Thatsache z. B. der Zahlung, so ist gleichwohl die Aufnahme der letzteren in den hinterlegten Antrag und die davon behändigte Abschrift geboten, wenn sich der Beklagte nicht der Gefahr aussetzen will, die spätere Verhandlungstagfahrt auf seine Kosten vertagt zu sehen.

2) Wollen nach beiderseitiger Hinterlegung in der Verhandlungstagfahrt vom Beklagten nachträgliche Aenderungen oder Erweiterungen an seinem Gesuch oder dessen Motivirung gemacht werden, so sind dieselben jedenfalls zu verlesen und dem Vorsitzenden zu übergeben [13]).

   Ist der klägerische Anwalt anwesend, so erscheint eine schriftliche Mittheilung an diesen nicht erforderlich, wenn auch bei Aenderungen am Gesuche räthlich. Sie geschieht von kurzer Hand.

   Ist der klägerische Anwalt aber nicht anwesend, so kann, da die Sache nach Hinterlegung der Anträge auch für diesen contradictorisch bleibt, nur dann weiter verhandelt werden, wenn dem Nichterschienenen durch einen spätestens am Tage vor der Verhandlung zugestellten Schriftsatz unter Mittheilung der betreffenden Urkunden von der zum Nachtheil des Klägers vorgenommenen Aenderung des beklagtischen Gesuchs und von den zur Motivirung etwa vorzubringenden neuen Thatsachen Kenntniß gegeben ist. Ist dies nicht geschehen, so kann der erschienene (beklagtische) Anwalt behufs der nachträglichen Mittheilung an den klägerischen Anwalt Vertagung begehren [14]).

10) Artikel 243 Pr. O.
11) Aehnliche Bestimmungen bestehen für das Ungehorsamsverfahren. Vergl. Artikel 299 und 302 der Pr. O..
12) Artikel 241 Absatz 4 Pr. O.
13) Artikel 247 Pr. O.
14) Artikel 245 Absatz 2 Pr. O. Nach dem preuß. Entwurf ist der Schriftenwechsel

Von selbst versteht sich, daß der Theil, welcher (hier der Beklagte) eine Verzögerung des Prozesses durch die Unvollständigkeit seiner Anträge im Schriftenwechsel verschuldete, für die hieraus entspringenden Nachtheile ebenso [15]) wie im Falle des §. 287 Ziff. I, 2 einzustehen, insbesondere die betreffenden Kosten zu tragen hat, wenn in einem solchen Falle eine Vertagung nothwendig wird (Ziff. 1, b) [16]). Schließlich ist jener Spezialvorschrift zu erwähnen, wonach der detentor liti se offerens, der nicht innerhalb der Klagsbeantwortungsfrist auctorem nominirt hat, die durch spätere Nomination verursachten Kosten tragen muß [17]).

## §. 291.

Von der Regel, wonach das zur selben Aburtheilung zu verstellende Streitmaterial (§§. 288 und 289) bei seiner Geltendmachung nicht an eine feste Stelle im Verlaufe des Gesammtverfahrens mit andern Worten nicht an eine bestimmte Reihenfolge gebunden ist, giebt es Ausnahmen.

I. Die Proceßordnung schreibt vor:

„Einreden, welche, ohne die Sache selbst zu berühren, nur auf „Grund von Proceßvorschriften die einstweilige Abwendung oder „den Aufschub des Processes bezwecken, sind mit der Einlassung „in der Hauptsache zu verbinden. Werden sie später vorgebracht, „so sind sie nicht zu berücksichtigen" [1]).

Der Sinn dieser Vorschrift ist: Blose Proceßeinreden sind bei Meidung ihres Verlustes gleichzeitig mit der ersten die Einlassung in der Hauptsache enthaltenden Antwort vorzubringen.

Die bayerische Proceßordnung trifft hienach in Ansehung von Proceßeinreden mit dem allgemeinen Principe des deutschen Processes zusammen.

Dieselben Erwägungen, welche für dieses Princip maßgebend waren, begründen die Ausnahmsvorschrift des Artikel 184 der bayerischen Proceßordnung. Würde auch für blose Proceßeinreden die in §. 290 unter Ziffer II aufgestellte Regel gelten, so blieben dieselben gleich allen materiellen Eingelenken zulässig bis zum Schluß der letzten Verhandlung im letzten ordentlichen Rechtszuge. Die gepflogenen Hauptverhandlungen, ja das Verfahren mehrerer Instanzen könnte durch nachgeschleppte Proceßeinreden nutzlos gemacht werden, eine Möglichkeit, welche das Gesetz im Interesse der Kostenersparung wie der Beschleunigung des Verfahrens ausschließt [2]).

---

zwar nicht obligatorisch. Aber es besteht unabhängig von den Vorschriften über den vorbereitenden Schriftenwechsel für jeden Anwalt die Verpflichtung, erhebliche Thatsachen dem Gegenanwalt vor der Verhandlung zeitig mitzutheilen. Vgl. Anmerkung 6 bei §. 287.

15) Vgl. §. 287 Ziffer I, 2.

16) Artikel 251 Absatz 2 Pr. O.

17) Artikel 74 Absatz 2 Pr. O.

1) Artikel 184 Absatz 1 und 2 Pr. O.
Der Absatz 1 dieses Artikels giebt die Doppelregel, deren Darstellung Gegenstand der §§. 288 und 290 war.
Die Eingangsworte
„soweit das Gesetz nicht anders bestimmt"
behalten in Ansehung beider Regeln Ausnahmen vor, welche hier in den §§. 289 und 291 erörtert sind. R. Ref. II, 111; R. Prot. IV, 26—27.

2) Abg. Prot. I, 254.

Die bayerische Proceßordnung schafft mit diesen formalen Präclusionen allerdings auch formales Recht. Aber sie beschränkt dieses auf die processuale Seite des Rechtsstreits. Dadurch wird der Grund der Sache gegen formale Rechtserzeugung geschützt, zugleich aber der Grundsatz gewahrt, daß durch formale Eingelenke die Entscheidung über den Sieg des materiellen Rechts nicht aufgehalten werden darf [3]).

Die Stelle, an welcher die erste die Einlassung enthaltende Antwort erscheint, ist eine andere im Verfahren mit vorbereitendem Schriftenwechsel (regulär-ordentlicher Anwaltsproceß) und eine andere da, wo ohne schriftliches Vorverfahren sofort in die mündliche Verhandlung eingetreten wird (abgekürzter Anwaltsproceß, Parteiproceß).

Wo ein schriftliches Vorverfahren stattfindet, kommen die Bestimmungen des Artikel 184 Abs. 1 und 2 schon bei diesem zur Anwendung [4]) d. i. hinsichtlich der Antwort des Beklagten schon bei seinem motivirten Antrage [5]).

Theilt der Beklagte seinen motivirten Antrag zwar vor der Hinterlegungstagfahrt aber verspätet mit, so tritt das Ausschlußpräjudiz nur in Beziehung auf die in der verspäteten Mittheilung versäumten Proceßeinreden ein. Theilt der Beklagte einen motivirten Antrag vor der Hinterlegungstagfahrt gar nicht mit und wird deshalb unter Aufhebung derselben die nachträgliche Mittheilung angeordnet, so knüpft sich das Präjudiz erst an diese Mittheilung. Denn der Beklagte ist nur verpflichtet, seine Proceßeinreden mit der Einlassung vorzubringen. Werden im erwähnten Falle ohne Wiederaufnahme des Schriftenwechsels die Anträge beiderseits hinterlegt, so knüpft sich an diese Hinterlegung der Ausschluß nichtvorgebrachter Proceßeinreden. Greift das Ungehorsamsverfahren wegen unterlassener Anwaltsbestellung wider den Beklagten Platz, so kann er beim Einspruche gegen das Versäumungsurtheil seine Proceßeinreden noch geltend machen. Nicht minder kann, wenn ein Versäumungsurtheil deshalb erlassen wurde, weil der bestellte Anwalt des Beklagten in der Hinterlegungstagfahrt nicht erschienen ist, der Beklagte seine Proceßeinreden beim Einspruche nachtragen, falls er nicht früher einen motivirten Antrag hat zustellen lassen. Von dem Fall, wenn der Beklagte einen die Einlassung nicht enthaltenden Antrag mittheilt, war schon oben (§. 289) die Rede und wird unter Ziff. II, 1 ein Mehreres bemerkt werden.

Daß endlich die Bestimmung des Artikel 184 der Proceßordnung von allen zu einer und derselben Aburtheilung zu verstellenden Proceßeinreden gilt, also nicht blos von gemeinen, sondern auch von jenen privilegirten Proceßeinreden, bezüglich deren wegen Nichteinhaltung der Frist des Artikel 232 das Privilegium separater Aburtheilung (Artikel 185 und 186) verloren ging, versteht sich von selbst und ist bereits früher angedeutet [6]).

II. Gewisse Proceßeinreden sind bei Meidung ihres Ausschlusses selbst noch vor der ersten die Streiteinlassung in der Hauptsache enthaltenden Antwort oder in dem Schriftsatz, welcher die Streiteinlassung enthält, vor der letzteren geltend zu machen. Hieher gehören folgende Fälle:

---

3) Abg. Prot. I, 254.
4) Artikel 184 Absatz 3 Pr. O.
5) Vgl. Abg. Ref. II, 75; Abg. Prot. I, 254.
6) Vgl. §. 287 Ziffer II.

1) Alle Proceßeinreden mit Ausnahme der in Artikel 185 bezeichneten sind im Falle des Artikel 186 mit 232 schon mit den Einreden des Artikel 186 (ohne Einlassung) zu verbinden.

Dies ergiebt sich schlußgerecht aus den Worten:

„(Nur) Zur Einlassung in der Hauptsache ist der Beklagte „nicht verpflichtet" [7]).

Hieraus folgt aber auch, daß wenn der Beklagte außer dem Falle der Artikel 185 und 186 mit 232 der Proceßordnung in seinem motivirten Antrage sich auf Proceßeinreden beschränken würde, er weitere Proceßeinreden bei der späteren Einlassung nicht nachtragen dürfte, da alle Proceßeinreden auch untereinander zu verbinden sind. Artikel 184 Abs. 1 Proceßordnung.

2) Nichtigkeitseinreden.

„Die Gegenpartei kann Nichtigkeiten nur bei der nächsten eigenen Proceßhandlung oder, wenn keine solche dazwischen liegt, „bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung geltend machen; „doch wird die Geltendmachung der Nichtigkeit durch vorläufige Ablehnung des Gerichtsstandes (Artikel 186 Ziff. 1 und „Artikel 188 mit Artikel 232) oder einer Gerichtsperson (Artikel 40 ff. mit 186 Ziff. 1 und Artikel 232) oder durch das „Vorbringen einer der in Artikel 185 erwähnten Einreden (in „der Frist des Artikel 232) nicht ausgeschlossen" [8]).

Natürlich sind nur Mängel der Procedur und zwar hier lediglich Mängel desjenigen Verfahrens in Frage, welches der Mittheilung des beklagtischen motivirten Antrags vorausgeht.

3) Die exceptio judicis suspecti.

Das Recht, einen Richter wegen Besorgniß der Befangenheit abzulehnen, kann nur solange ausgeübt werden, als die Partei sich nicht vor dem abzulehnenden Richter in Verhandlungen eingelassen oder ein Gesuch an denselben gestellt hat [9]).

4) Die Einrede der Werthsincompetenz.

Will der Beklagte die Zuständigkeit des Gerichts aus dem Grunde bestreiten, weil die Sache nach dem Geldwerthe des Streitgegenstandes vor ein anderes Gericht gehöre, so hat er dies vor jeder anderen Aeußerung in der Sache, die in Artikel 185 bezeichneten Einreden allein ausgenommen, geltend zu machen [10]).

Diese Einrede ist eine solche, bezüglich welcher der Beklagte einmal das Recht hat, ihre Separatverhandlung und Aburtheilung zu verlangen (Artikel 186 Ziff. 1), vorausgesetzt, daß er die Frist des Artikel 232 einhält. Thut er letzteres nicht, so ist diese Einrede noch nicht selbst verloren, sondern nur das Recht separater Aburtheilung (vgl. §. 289), von welchem ja nicht Gebrauch gemacht werden muß.

Folgerecht ist an und für sich die Geltendmachung der Einrede erst nach Ablauf der 8tägigen Frist (im Sinne des Artikel 231)

---

7) Artikel 186. Vgl. §. 289.
8) Artikel 219 Absatz 2 Pr. O.
9) Artikel 44 Absatz 1 d. Pr. O. Vgl. §. 20.
10) Artikel 188 Absatz 1 Pr. O.

ebensowenig wie die freiwillige Verbindung derselben mit anderen Einreden oder der Einlassung an sich ein Grund des Verlustes.

Weicht aber der Beklagte bei dieser Verbindung, sei es nun, daß er unter Einhaltung der achttägigen Frist noch andere Einreden nach Artikel 186 oder bei Nichteinhaltung derselben überhaupt andere Eingelenke mitvorbringt, von der gesetzlich vorgeschriebenen Reihenfolge ab (Artikel 188 Abs. 1), so ist die Einrede der Werthsincompetenz verloren.

Auch in Ansehung des Verfahrens bestehen bezüglich dieser Einrede Sondervorschriften.

Ist sie nämlich vom Beklagten erhoben, so haben die Parteien die zur Ermittlung des Werthes dienlichen, ihnen verfügbaren Behelfe in der Verhandlung vorzulegen [11]. Es gehören hieher Behelfe jeder Art z. B. auch außergerichtliche Schätzungen.

Bezüglich der für die Werthung maßgebenden Grundsätze ist auf das in §. 47 Gesagte zu verweisen.

Erachtet sich das Gericht in Ermangelung aller Behelfe auf Grund eigener Erfahrung und Wissenschaft oder bei Vorliegen solcher auf Grund derselben allein oder in Verbindung mit eigener Kenntniß in der Lage, ein bestimmtes Urtheil mindestens darüber abzugeben, ob der Streitgegenstandswerth den Betrag der gesetzlichen Competenzsumme erreicht oder nicht oder daß der Streitgegenstand bestimmter Schätzung unfähig sei (Artikel 5 Ziffer 1 Proceßordnung) [12]: so ist sofort über den Competenzpunct zu entscheiden.

Findet sich aber das Gericht weder durch jene Behelfe noch sonst im Stande, über den für die Competenz maßgebenden Werth sofort ein bestimmtes Urtheil des vorerwähnten Inhalts zu geben, so hat es ein Uebereinkommen unter den Parteien über die Competenzfrage anzuregen.

Kömmt ein Uebereinkommen nicht zu Stand, so ist der Werth unter Umgangnahme von der interlocutorischen Zulassung sonstiger Beweismittel durch Vernehmung von Sachverständigen zu erheben [13]. Das Verfahren hiebei richtet sich nach den hiefür geltenden besonderen Vorschriften (Hauptst. XIII). Doch liegt die möglichste Vereinfachung der Procedur im Geiste des Gesetzes, insbesondere Beschränkung auf einen Sachverständigen [14], Vernehmung dieses in der Sitzung [15]. Ist das Gutachten übrigens außerhalb der Sitzung nach Artikel 445 abgegeben worden, so kann die Vorladung dieses Sachverständigen in die Sitzung zur Erläuterung des Gutachtens nach Artikel 446 stattfinden. Dagegen darf auch bei behaupteter Unrichtigkeit des Gutachtens ein weiteres Gutachten durch andere Sachverständige (Superarbitrium) nicht erhoben werden [16].

---

11) Artikel 188 Absatz 2 Pr. O.
12) Was im Zweifel über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Schätzung angenommen werden soll.
13) Artikel 188 Absatz 3 Pr. O.
14) Artikel 434 Pr. O.
15) Artikel 447 Pr. O. Vgl. auch Artikel 419 Absatz 5 mit Artikel 188 Absatz 6 Pr. O.
16) Artikel 188 Absatz 4 Pr. O.

Erweist sich die Einrede als grundlos, so ist in dem dieselbe verwerfenden Urtheil der Beklagte zugleich in die dadurch veranlassten besonderen Kosten unter allen Umständen zu verfällen [17]). Erweist sich die Einrede als begründet, so wird die Klage unter Verurtheilung des Klägers in die erwachsenen Kosten von hier abgewiesen. Er kann, ehe er diese Kosten dem Beklagten ersetzt hat, die neue Klage nicht erheben [18]).

5) Prorogatio tacita [19]).

Stillschweigende Vereinbarung wird angenommen, wenn der Beklagte sich vor dem nichtzuständigen Gerichte auf den Streit eingelassen hat, ohne die Einrede der Unzuständigkeit vorzuschützen [20]). In Versäumungsfällen gilt die Vereinbarung als abgelehnt [21]).

Diese Bestimmung hat das Eigene, daß nicht schon die Unterlassung der Incompetenzeinrede, sondern erst die hiemit verbundene wirkliche Streiteinlassung die Competenz begründet. Sie geht inhaltlich weiter als die unter Ziff. 4 erörterte Einrede, indem sie die Einrede der Territorialincompetenz mitumfasst, und fällt selbst hinsichtlich der Werthsincompetenz mit Ziff. 4 nicht zusammen. Denn Ziff. 4 setzt voraus, daß die Werthsincompetenz *zweifelhaft* ist, während bei der Prorogation in Ansehung der Werthscompetenz die zweifellose Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts vorausgesetzt wird. **Argum:**

„Wenn sich der Beklagte *vor dem nichtzuständigen Gerichte* auf den Streit eingelassen hat." (Artikel 39 Abs. 1.)

6) Aufhebung des fori praeventionis [22]).

Die mit der Klagszustellung eingetretene Prävention des Gerichtsstandes erlischt wieder, wenn die Partei, welche die daraus entspringende Einrede geltend machen konnte, sich bei einem anderen Gerichte einlässt [23]).

Es kann kein Zweifel sein, daß die Vorschrift über den Ausschluß, welcher sich an die Nichteinhaltung der gesetzlichen Reihenfolge bei den vorbezeichneten Einreden Ziff. 1—6 knüpft, im regulärordentlichen Anwaltsproceß schon für den Schriftenwechsel, also den betreffenden motivirten Antrag, hier den des Beklagten, gilt. Denn sie sind alle *Proceßeinreden*. Für Proceßeinreden aber ist im regulärordentlichen Anwaltsproceß schon das schriftliche Vorverfahren resp. sind die motivirten Anträge der Ort der präclusiven Geltendmachung. Artikel 184 Proceßordnung. Für Nichtigkeitseinreden insbesondere ergiebt sich dies auch aus dem Gegensatze, welcher in Artikel 219 Abs. 2 in den Worten hervortritt:

„nur bei der nächsten eigenen Proceßhandlung oder, *wenn keine solche dazwischen liegt*, bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung."

17) Artikel 188 Absatz 5 Pr. O.
18) Artikel 188 Absatz 8 Pr. O.
19) Vgl. die Lehre von der Prorogation im I. Buch.
20) Artikel 39 Absatz 1 Pr. O.
21) Artikel 39 Absatz 3 Pr. O.
22) Vgl. §. 112.
23) Artikel 179 Absatz 1 Pr. O.

Bei der Ablehnung von Gerichtspersonen ist im Auge zu behalten, daß das betreffende Gesuch nicht in einem motivirten Antrage, sondern jedem solchen vorgängig in einer einfachen Vorstellung niederzulegen ist. Vgl. auch §. 112 Ziff. III.

III. Die Verletzung der Vorschriften über die Reihenfolge des Vorbringens ist bei den vorstehend unter Ziff. I und II erörterten Einreden ohne nachtheilige Folgen, wenn solche erst im Verlaufe des Verfahrens d. i. im Verfahren mit Schriftenwechsel nach jener Zeit entstanden sind[24]), zu welcher sie hätten geltend gemacht werden müssen, oder wenn solche auch von Amtswegen[25]) zu berücksichtigen sind[26]) oder nach besonderer Vorschrift des Gesetzes in jedem Stand der Sache geltend gemacht werden dürfen[27]).

Der späteren Entstehung ist im Falle des Artikel 44 der Proceßordnung die spätere Kenntnißerlangung ausdrücklich gleichstellt. Hieraus a contrario schließen, daß in allen anderen Fällen die spätere Erlangung solcher Kenntniß den Ausschluß nicht verhüte, ist zwar formell correct, möchte aber doch die Natur der Sache gegen sich haben. Man vergleiche nur die Nichtigkeitseinreden des Artikel 219, bei welchen eine solch' spätere Kenntnißerlangung sehr leicht möglich ist. Uebrigens ist der Fall späterer Entstehung bei den unter Ziff. II, 2, 4, 5 und 6 erwähnten Einreden nicht wohl denkbar. Bei der Einrede der Werthsincompetenz ist insbesondere zu beachten, daß spätere Werthsminderungen oder Erhöhungen die einmal eingetretene Zuständigkeit nicht alteriren[28]).

Bei den von Amtswegen zu berücksichtigenden Einreden ergibt die Natur der Sache, daß ein Vorbringen, welches der Richter stets suppliren darf und soll, der Partei niemals benommen sein kann z. B. die Einrede der Unzuständigkeit in Fällen, in welchen Prorogation ausgeschlossen ist[29]), die Einrede der mangelnden Befähigung oder Befugniß zur Proceßführung[30]), gewisse Einreden der Nichtigkeit des Verfahrens[31]). Die Werthsincompetenz wird im Anwaltsprocesse von Amtswegen nur berücksichtigt, wenn sich aus der Klageschrift selbst der Minderwerth klar ergibt[32]). Dies kann freilich nur Anwendung finden im Versäumungsverfahren[33]). Im contradictorischen Verfahren ist, wenn beklagterseits die bezügliche Einrede nicht vorgebracht wird, Prorogation anzunehmen.

IV. Eine ähnliche Vorschrift, wie für Proceßeinreden, besteht in Ansehung von Widerklagen.

Eine Widerklage, die nicht schon mit der Vernehmlassung auf die Hauptklage verbunden wurde, ist zwar deshalb weder überhaupt noch von dem Gericht der Hauptsache ausgeschlossen. Aber sie darf nur dann gleich=

---

24) Artikel 184 Absatz 2, Artikel 44 Absatz 2 Pr. O.
25) Artikel 264 Pr. O.
26) Artikel 184 Absatz 2 Pr. O.
27) Argum. Artikel 219 Pr. O.
28) Vgl. §. 47, §. 80 insbesondere Anmerkung 2.
29) Abg. Prot. I, 254.
30) Artikel 58—62 Pr. O.
31) Artikel 218—220 Pr. O.
32) Abg. Prot. I, 287.
33) Vgl. Artikel 39, 189 Pr. O.

zeitig mit der Hauptklage verhandelt werden, wenn dadurch die Verhandlung der letzteren keine Verzögerung erleidet [34]).

Unter „Vernehmlassung" versteht das Gesetz die materielle d. i. jene Klagsbeantwortung, welche die Einlassung in der Hauptsache enthält [35]). Macht der Beklagte von dem Rechte Gebrauch, vorerst nur privilegirte Proceßeinreden [36]) aburtheilen zu lassen, so ist die mit diesem Einredevorbringen noch nicht verbundene Widerklage von gleichzeitiger Verhandlung mit der Hauptklage nicht ausgeschlossen, wenn sie wenigstens mit der späteren Einlassung verbunden wird.

Im Verfahren mit vorbereitendem Schriftenwechsel wird unter „Vernehmlassung" die erste materielle Antwort auf die Klage d. i. die schriftliche Einlassung des Beklagten verstanden. Solange der Beklagte eine solch' schriftliche Klagsbeantwortung überhaupt nicht mitgetheilt hat, bleibt auch sein Recht auf gleichzeitige Verhandlung einer Widerklage aufrecht. Es findet hieher dasjenige analoge Anwendung, was bei den Proceßeinreden in §. 291 unter Ziff. I bemerkt wurde. Hat der Beklagte im Falle des Artikel 185 und 186 der Pr. O. vorläufig einen motivirten Antrag nach Artikel 232 mitgetheilt, so kann er für seine Widerklage noch gleichzeitige Verhandlung mit der Hauptklage verlangen, wenn er in dem nach Artikel 256 der Pr. O. wieder eröffneten Schriftenwechsel Einlassung und Widerklage verbindet.

Das Recht des Klägers auf Verweisung einer verspäteten Widerklage zur gesonderten Verhandlung wird mit einer bezüglichen Proceßeinrede (replicando) geltend gemacht. Von dem Verhältniß dieser Einrede zur Befugniß des Gerichtes, die gesonderte Verhandlung der Widerklage kraft richterlicher Proceßdirection anzuordnen, auch wenn jene Einrede nicht erhoben oder als an sich unbegründet erachtet würde, war in §. 230 die Rede.

### c.

### Rechtsmittel gegen Entscheidungen über Processeinreden [1]).

### §. 292.

Mit den bisher erwähnten Beschränkungen der Proceßeinreden hinsichtlich der Zeit und Reihenfolge ihres Vorbringens (§§. 285, 290, 291) begnügt sich das Gesetz nicht. Die möglichen Fälle solcher Eingelenke sind immerhin zahlreich genug, um namentlich für privilegirte Einreden die Besorgniß zu erregen, es möchte bei chikanöser Verfolgung derselben durch alle Instanzen der Proceß verzögert werden. Demgemäß läßt die Proceßordnung:

---

34) Artikel 157 Absatz 3 Pr. O.
35) Vgl. §. 230 und §. 286.
36) Artikel 185 und 186 Pr. O.
1) Quellen zu den Artikeln 123, 124, 157 und 188 sieh' bei §§. 162, 231, 290.
Quellen zu Artikel 187 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 76; III, 28.
Abg. Prot. I, 257—258, 286, 319; IV, 38, 62.
R. Ref. LXXIII und Band II, 88.
R. Prot. I, 333; IV, 27.

I. Gegen die Verwerfung von Proceßeinreden selbständige Rechtsmittel in der Regel nicht zu. Solche Einreden bilden nämlich keineswegs Präjudicialsachen im eigentlichen Sinne [2]) und die Entscheidung hierüber hat, vorausgesetzt daß sie entweder für sich allein oder mit einem Beweisinterlocut ergieng, nicht aber mit dem Endurtheil in der Hauptsache verbunden ist, lediglich die Natur eines Zwischenurtheils, wogegen selbständige Rechtsmittel ausgeschlossen sind [3]). Dies gilt insbesondere auch von den Einreden des Artikel 185 der Proceßordnung, mögen sie nun als definitiv unbegründet verworfen oder mag ihre Separatverhandlung und Aburtheilung zurückgewiesen werden. Gegen die Verwerfung der Einrede mangelnder Proceßkostencaution [4]) sind nicht blos selbständige, sondern Rechtsmittel überhaupt ausgeschlossen [5]). Dasselbe gilt bezüglich der Zulassung oder Nichtzulassung einer Widerklage zu gleichzeitiger Verhandlung mit der Hauptklage [6]).

Eine Ausnahme macht die Verwerfung gerichtsablehnender Einreden. Hiegegen findet, das Vorhandensein der Berufungssumme vorausgesetzt, selbständige Berufung statt, gleichviel ob die betreffende Entscheidung für sich allein ergieng oder in Verbindung mit einem interlocutorischen z. B. einem Beweisurtheil. Die Berufung ist aber innerhalb 15 Tagen von Zustellung des Urtheils an den Anwalt gerechnet zu erheben [7]). Sie kann von dem Anwalte selbst für die beschwerte Partei und zwar auch in dem Falle erhoben werden, wenn jener die Vertretung vor dem Berufungsgericht nicht führt oder nicht führen darf [8]). Ist die Entscheidung über die Einrede mit dem Endurtheil über die Hauptsache verbunden, so gelten in Ansehung der Zustellung des Urtheils, der Berufungsfrist und des Laufes der letzteren die allgemeinen Vorschriften. Wird im Falle des Artikel 187 die Berufungsfrist versäumt, so beschreitet das Urtheil im Competenzpuncte die Rechtskraft [9]); wird aber Berufung ergriffen, so beruht (schon nach allgemeinen Bestimmungen) [10]) die weitere Verhandlung bis zur Entscheidung des Obergerichts [11]). Gegen die Verwerfung eines die Ablehnung von Gerichtspersonen betreffenden Gesuchs kann nach besonderer Vorschrift innerhalb acht Tagen nach Eröffnung des Erkenntnisses Beschwerde erhoben werden [12]).

Dagegen erstreckt sich die vorerwähnte Ausnahme nicht auf Erkenntnisse, welche die Zuständigkeit festsetzen [13]), da hiegegen Rechtsmittel überhaupt nicht Platz greifen [14]), und ebensowenig auf Urtheile, welche die Einrede der Werthsincompetenz verwerfen. Nicht blos sind Rechtsmittel hiegegen überhaupt ausgeschlossen, son-

2) Vgl. Artikel 190 und 682 Absatz 2 Pr. O.
3) Vgl. Artikel 682, 683, 788 Pr. O. Abg. Ref. II, 76.
4) Artikel 185 Ziffer 1 Pr. O.
5) Artikel 124 Pr. O.
6) Artikel 157 Absatz 5 Pr. O.
7) Artikel 187 Absatz 1 Pr. O.
8) Artikel 79 Pr. O.
9) Abg. Prot. I, 257.
10) Vgl. Artikel 490 Absatz 1, Artikel 699 Pr. O.
11) Artikel 187 Absatz 2 Pr. O.
12) Artikel 49 Absatz 2 Pr. O.
13) Vgl. Artikel 186 Ziffer 2 i. f. mit Artikel 33 ff. der Pr. O.
14) Artikel 35 Absatz 5 Pr. O.

dern es kann die Zuständigkeit wegen des angeblich höheren Werths des Streitgegenstandes vor dem höheren Gerichte auch dann nicht angefochten werden, wenn die Sache in Folge eines aus einem anderen Grunde eingelegten Rechtsmittels dahin gelangt [15]). (Ausschluß auch unselbständiger Berufung.) [16])

II. Wird eine Proceßeinrede als begründet erklärt und in Folge dessen die Klage zurückgewiesen, so finden bei gegebenen Voraussetzungen die nach allgemeinen Grundsätzen zulässigen Rechtsmittel, Berufung (bei Vorhandensein der Berufungssumme) und Richtigkeitsbeschwerde statt [17]).

Dies gilt selbstverständlich auch für die Abweisung einer Klage auf Grund der Werthsincompetenz. Hat aber ein solches Urtheil die Rechtskraft beschritten, so wird, wenn dasselbe von einem Collegialgericht ergieng, die Zuständigkeit des Einzelngerichts [18]) und, wenn es von einem Einzelngericht [18]) erlassen wurde, die Zuständigkeit des Collegialgerichts dergestalt begründet, daß eine Anfechtung oder Prüfung der Zuständigkeit, soweit diese durch den Werth des Streitgegenstandes bedingt erscheint, nicht mehr zulässig ist [19]). Es ist dabei gleichgiltig, wie früh oder spät gegebenen Falls die gleiche Klage erhoben wird. Desgleichen ist es ohne Belang, ob sich inzwischen der Werth geändert hat oder nicht [20]), vorausgesetzt daß nicht die Werthsänderung durch eine Aenderung des Streitgegenstandes selbst herbeigeführt wurde [21]). Uebrigens hat sich das Einzelngericht im erwähnten Falle auf den Ausspruch seiner Werthsunzuständigkeit zu beschränken. Die Frage, welches Collegialgericht, ob Handels- oder Bezirksgericht, competent sei, ist vom Collegialgerichte zu entscheiden. Auch fällt die Klagsabweisung von Amtswegen im Sinne des Artikel 189 der Proceßordnung nicht unter die Bestimmung des Artikel 188 Abs. 7. Hier ist bei gegebenen Voraussetzungen die Anstellung einer neuen Klage beim Einzelngericht zulässig [22]).

Wird zwar eine Proceßeinrede als begründet erklärt, aber darauf hin doch nicht die Klage abgewiesen, sondern nur auf den Aufschub der weiteren Verhandlungen bis zur Beseitigung des Grundes der Einrede wenn auch unter Ueberbürdung der bisherigen Kosten auf den schuldigen Theil erkannt z. B. im Falle des Artikel 185 Ziff. 1 und 2, so sind selbständige Rechtsmittel gegen diese Entscheidung nicht, sondern erst gegen jenes Urtheil zulässig, welches wegen Nichtbeseitigung des Einredegrundes die Klage 2c. abweist [23]). Eine Ausnahme macht die Vorschrift des Artikel 683 Ziff. 3 der Proceßordnung.

Zu erwähnen sind endlich die Vorschriften des Artikel 35 Abs. 5, Artikel 49 Abs. 2 und Artikel 157 Abs. 5 der Proceßordnung, welche Rechts-

15) Artikel 188 Absatz 6 Pr. O.
16) Vgl. R. Ref. II, 89; Abg. Prot. IV, 318.
17) Vgl. R. Ref. II, 89.
18) Statt „Einzelnrichters", wie es nach einem früheren Beschlusse hieß, in Gemäßheit der angenommenen Terminologie. Abg. Prot. IV, 38.
19) Artikel 188 Absatz 7 Pr. O.
20) Eine ähnliche Bestimmung sieh' in §. 47 und §. 80 insbesondere Anmerkung 2.
21) Vgl. auch Artikel 689 Pr. O.
22) Abg. Prot. I, 287.
23) Vgl. Artikel 123 Absatz 3 und Artikel 124 Pr. O.

mittel gegen jede bezügliche Entscheidung ausschließen. In Artikel 62 Absatz 2 der Proceßordnung geschieht dies theilweise.

## II.

## Der motivirte Antrag des Klägers. Reponse.

### §. 293.

Ist von einer Partei an die andere die Ladung zur Hinterlegungstagfahrt ergangen [1], so hat der Kläger, gleichviel ob ihm der Beklagte einen motivirten Antrag mitgetheilt hat oder nicht [2], seinen motivirten Antrag dem Beklagten zustellen zu lassen [3]. Ausnahmsweise kann diese Mittheilung unterbleiben. Hat nämlich der Beklagte von der Befugniß Gebrauch gemacht, privilegirte Proceßeinreden [4]) vorläufig allein oder in Verbindung mit anderen Proceßeinreden zur Verhandlung und Aburtheilung zu stellen, also seinen innerhalb der achttägigen Frist mitgetheilten Antrag auf solche Einreden beschränkt: so bleibt es dem Ermessen des Klägers anheimgegeben, ob er hierauf einen Schlußantrag zustellen lassen will [5]. Dies ist überall da unnöthig, wo der Kläger die thatsächlichen Aufstellungen des Beklagten nur mit einfacher Verneinung beantworten will. Will dagegen klagenderseits eine Gegenbehauptung aufgestellt z. B. im Falle der Berufung des Beklagten auf die ihm als Erben zustehende Bedenkzeit behauptet werden, der Beklagte habe sich längst als Erbe gerirt, folglich eine Bedenkzeit nicht mehr zu beanspruchen, so ist die Mittheilung eines klägerischen Schlußantrags zulässig und räthlich. Läßt der Kläger in Fällen, in welchen nach Sachlage ein Schlußantrag unnöthig erscheint, einen solchen doch zustellen, so befährt er den Abstrich der Kosten, da nach allgemeinen Grundsätzen Kosten für überflüssige Anträge gestrichen werden können [6]).

Von dem motivirten Antrage des Klägers gilt im Uebrigen Alles dasjenige analog, was von dem motivirten Antrage des Beklagten gesagt wurde, einige Modificationen abgerechnet, die im Folgenden hervorgehoben werden. In Consequenz des Grundsatzes

„reus excipiendo fit actor“

erscheint der Kläger, insoweit der Beklagte angriffsweise verfuhr, als Beklagter. Was insbesondere

I. den Gegenstand des klägerischen Schlußantrags betrifft, so ist dies die Antwort auf den motivirten Antrag des Beklagten in allen seinen Theilen also auch bezüglich des beklagtischen Beweisanerbietens. (Beweiseinre-

---

1) Artikel 239 Pr. O.
2) Artikel 301 Pr. O.
3) Artikel 231 Pr. O.
4) Artikel 185 und 186 Pr. O.
5) Artikel 232 Absatz 2 Pr. O.
6) Es giebt allerdings noch andere Fälle, in welchen die Mittheilung eines klägerischen Schlußantrags nicht geboten ist (vgl. z. B. Artikel 598 Abs. 2 Pr. O.), und Fälle, in welchen die Mittheilung von motivirten Anträgen überhaupt unterlassen werden kann (vgl. z. B. Artikel 255, 260, 342 Absatz 2, Artikel 344 Absatz 1 Pr. O.). Von diesen muß am je einschlägigen Ort das Nähere gesagt werden.

den 2c.) Enthielt dieser neben der Klagsbeantwortung eine Widerklage, so ist Gegenstand des motivirten klägerischen Antrags die Gegenerklärung auf die Klagsbeantwortung einerseits und die Widerklagsbeantwortung andererseits.

II. Anlangend die Form des motivirten klägerischen Antrags, so ist als etwas Besonderes nur die Vorschrift zu bemerken, daß, soweit die Behauptungen, und die Rechtsvertheidigung des Klägers in der Klageschrift niedergelegt sind, in dessen motivirtem Antrage hierauf lediglich Bezug zu nehmen ist [7]), eine Bestimmung, welche zu verhüten bezweckt, daß der Kläger in seinem motivirten Antrage einfach die Klageschrift abschreiben läßt.

III. Der Anwalt des Klägers hat seinen motivirten Antrag spätestens 3 Tage vor der Sitzung, in welcher die Sache zum Aufruf kommt, dem Anwalte des Beklagten zustellen zu lassen [8]).

IV. Anlangend die Wirkungen und den rechtlichen Charakter des klägerischen Schlußantrags, so knüpft sich an die Mittheilung des letzteren, wenn darin die Vernehmlassung auf eine Widerklage enthalten ist, das Verbot der Aenderung der Widerklage ganz nach den in §. 286 erläuterten Grundsätzen.

Bei Nichtmittheilung oder Verspätung des klägerischen Schlußantrags gelten die in §. 287 über die fünfzehntägige Frist für den motivirten Antrag des Beklagten vorgetragenen Grundsätze analog. Demgemäß muß auf Begehren des Beklagten die Vertagung der Hinterlegungstagfahrt bewilligt werden, wenn der klägerische Schlußantrag überhaupt nicht oder nicht spätestens drei Tage vor der Sitzung zugestellt wurde [9]). Ersterenfalls ist zugleich die nachträgliche Mittheilung des klägerischen Antrags in Gemäßheit des Artikel 243 Absatz 2 der Pr. O. anzuordnen. Ist blos Verspätung des klägerischen Schlußantrags der Grund der Vertagung, so ist sofort neue Hinterlegungstagfahrt anzuberaumen. Es kann dies aber auch geschehen, wenn auf Grund des Artikel 243 Absatz 2 die Wiederaufnahme des Schriftenwechsels verfügt wird. Ist letzterenfalls nicht zugleich eine neue Hinterlegungstagfahrt anberaumt worden, so kömmt die Sache erst dann wieder zum Aufruf, wenn sie vom Gerichtsschreiber in Gemäßheit der Bestimmungen des Artikel 237 Absatz 2 der Pr. O. neuerdings in die Wochentabelle eingetragen worden ist [10]).

Hinsichtlich späterer Ergänzung, Erweiterung oder Aenderung eines unvollständigen klägerischen Schlußantrags finden die in den §§. 290 und 291 vorgetragenen Grundsätze in Verbindung mit den dazu gehörigen in §. 292 gemachten Bemerkungen sinngemäße Anwendung. Selbstverständlich bleibt das dort von der Widerklage Gesagte hier außer Anwendung, da Widerklage gegen Widerklage nicht stattfindet. Artikel 31 Abs. 5 Pr. O.

Eine andere Frage ist, ob die in §. 289 erläuterten Bestimmungen der Artikel 185 und 186 der Pr. O. auch auf den Kläger als Replicanten und Widerbeklagten Anwendung finden. Diese Frage ist allerdings gegenstandslos für die in Ziffer 1 des Artikel 185 bezeichnete Einrede gemäß

---

7) Artikel 230 Absatz 4 Pr. O.
8) Artikel 231. Vgl. §§. 275, 276.
9) Artikel 231 mit Artikel 242 Absatz 2 Pr. O.
10) Artikel 243 Absatz 2 Pr. O. i. f.

der Vorschrift des Artikel 120 Ziffer 4 Pr. O., nicht minder für die in Artikel 186 Ziffer 2 enthaltene zweite Alternative. Im Uebrigen erscheint ein bezüglicher Fall immerhin denkbar, wenn er auch selten vorkommen wird. Dann finden die oben vorgetragenen Grundsätze analoge Anwendung. Wollte man aber auch dieser Ansicht nicht beipflichten, so wird doch nicht selten Grund sein, in Anwendung des Artikel 157 der Pr. O. die bezüglichen Verhandlungen zu trennen. Weiterhin sind zu vergleichen die §§. 81—85.

Mit Zustellung des motivirten Antrags des Klägers und, wenn letzterer nicht mehr erforderlich (Artikel 232 Absatz 2), mit Zustellung des motivirten beklagtischen Antrags schließt der Schriftenwechsel ab. Weitere motivirte Anträge werden mindestens auf Grund gesetzlicher Bestimmung nicht mitgetheilt. Dies gilt selbst für den Fall, wenn eine Widerklage erhoben ist und im motivirten Antrage des Klägers die Beantwortung der Widerklage mit zerstörlichen Einreden verbunden ist. Findet aber das Gericht nöthig, daß auf diese Einreden ein weiterer motivirter Antrag des Beklagten als Widerklägers zugestellt werde, so kömmt die allgemeine Vorschrift in Anwendung, wonach das Gericht ausnahmsweise weitere außerordentliche Schriftsätze unter besonders dafür anzusetzenden Fristen anordnen kann [11]). Hievon im folgenden §.

## III.

## Außerordentliche Modificationen des Schriftenwechsels [1]).

### §. 294.

In den §§. 282 ff. wurde das Verfahren beim vorbereitenden Schriftenwechsel dargestellt, wie es in der Regel d. h. für die gewöhnlichen und die Mehrzahl der Fälle verläuft.

Indessen gibt es besonders geartete Fälle, für welche das gewöhnliche Verfahren nicht ausreicht. Für diese ordnet die Proceßordnung Modificationen des regulären Schriftenwechsels an, um die schriftliche Vorbereitung der Verhandlung ihrer besonderen Natur anzupassen.

Diese besonderen Fälle ergeben sich:

I. Bei Hereinziehung dritter Personen in den Rechtsstreit, nämlich bei der Streitverkündung und Gewährschaftsklage; hievon muß des Weiteren im VIII. Buche über Proceßconnexionen die Rede sein. Vgl. §§. 130, 131.

---

11) Abg. Prot. II, 110.

1) Quellen zu Artikel 241, 242, 245, 250 der Pr. O. sieh' bei §§. 305, 304, 306.
Quellen zu Artikel 243 Pr. O.:
Abg. Prot. II. 22, 31—32, 104, 113, 119, 142.
R. Ref. I, 9.
R. Prot. II, 31.
Quellen zu Artikel 256 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 36.
Abg. Prot. II, 123, 143, 450; IV, 73, 124.
R. Ref. I, 10, 40—41.
R. Prot. II, 37—38.

II. Auch im einfachen Rechtsstreit können außerordentliche Umstände eintreten, die eine reguläre Abwicklung des Schriftenwechsels nicht gestatten, weil die eigenthümliche Lage und das individuelle Bedürfniß der Sache einen besonderen, den Umständen des einzelnen Falles speciell angepassten Schriftenwechsel verlangen, dessen Gestaltung eben deshalb nicht zum Voraus vom Gesetze normirt, sondern immer nur in concreto vom Gerichte vorgezeichnet werden kann: Schriftenwechsel mit richterlicher Friststimmung.

Der richerlich anzuordnende Schriftenwechsel [2]) kömmt in mehreren Fällen zur Anwendung, vor Allem, wenn sich bei der Verhandlung einer zum abgekürzten Verfahren gebrachten Sache (Artikel 259—261 Proceßordnung) zeigt, daß sie ohne vorgängigen Schriftenwechsel nicht erledigt werden kann. Sie ist dem zufolge in den regelmäßigen Anwaltsproceß und zwar mit richterlicher Fristenbestimmung zu verweisen, weil die gesetzlichen Fristen für den Schriftenwechsel auf diesen Fall nicht passen [3]). Das Nähere später [4]).

III. Richterliche Anordnung des Schriftenwechsels ist ferner, weil die bezüglichen gesetzlichen Fristen bereits abgelaufen sind, geboten, wenn für den bisher ungehorsamen Beklagten in der Sitzung ein Anwalt bestellt wird, ehe das Versäumungsurtheil verkündet ist. Hiemit geht die Sache aus dem Versäumungs- in das contradictorische Verfahren des regelmäßigen Anwaltsprocesses über [5]).

Das Nähere hierüber im zweiten Theile des Buches.

IV. Haben die letzterwähnten beiden Fälle das Besondere, daß die betreffende Sache aus einem anderen Verfahren erst in das regelmäßige und bezw. contradictorische übergeht: so folgt nun ein weiterer Fall gerichtlicher Bestimmung des Schriftenwechsels, in welchem ein solcher Uebergang nicht statthat.

In der Regel reicht zwar der gewöhnliche Schriftenwechsel zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung hin. Doch sind Ausnahmen möglich. So können die in dem motivirten Antrage des Klägers enthaltenen Nova (Repliken, Widerklagseinreden) dem Beklagten bezw. Widerkläger Anlaß zu wahren Dupliken, Reconventionsrepliken 2c. geben.

Allerdings führt dies noch nicht nothwendig zu einem weiteren richterlich anzuordnenden Schriftenwechsel. Die betreffende Partei kann, ohne eine weitere richterliche Frist in Anspruch zu nehmen, noch in der Hinterlegungs- und Verhandlungstagfahrt ihre bisherigen Anträge abändern, ergänzen 2c. [6]) und der Gegner, wenn dies in der Verhandlung geschieht, sich sofort darauf einlassen, während er, wenn es bei der Hinterlegung der Anträge geschah, in der Zwischenzeit bis zur Verhandlung ohnehin Zeit hat, sich zu informiren. Auch ist bei vorliegendem Bedürfniß keiner Partei verwehrt, der andern außer den gesetzlich vorgeschriebenen einen weiteren Schriftsatz zustellen zu lassen. Geschah dies mindestens 3 Tage vor der Sitzung, so ist überall kein Grund zur Vertagung [7]).

2) Vgl. hannöv. Prot. 1607—1610.
3) Artikel 261 Absatz 1 Pr. O.
4) Vgl. §. 307 ff.
5) Artikel 250 Absatz 4 Pr. O.
6) Vgl. Artikel 241 Absatz 3 und 4, Artikel 245 Absatz 2, Artikel 247 Pr. O.
7) Artikel 242 Absatz 2 Pr. O.

Wurde hievon kein Gebrauch gemacht oder zeigt sich dessen ohngeachtet auf der Hinterlegungstagfahrt, daß der bisher stattgefundene Schriftenwechsel zur genügenden Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht ausreicht, sei es daß die Sache wegen Verwicklung des Falls, Unzulänglichkeit der gesetzlichen Fristen oder daß sie wegen sonstiger Hindernisse im bisherigen Vorverfahren nicht genügend vorbereitet werden konnte [8]), und findet deshalb Vertagung statt [9]), so kann das Gericht auf Antrag einer Partei angemessene Fristen zu weiterem Vorverfahren festsetzen [10]). In welcher Weise diese Anordnung erfolgt, steht im richterlichen Ermessen.

Das Gericht kann die bereits gewechselten motivirten Anträge überhaupt wiederholen lassen, wenn die vom Gesetze gegebenen Fristen zur gründlichen Bearbeitung nicht ausreichten. Es kann noch einen weiteren motivirten Antrag anordnen z. B. in dem Falle, wenn eine Widerklage erhoben wurde und die Antwort darauf in dem motivirten Antrage des Klägers wahre zerstörliche Einreden enthält, welchen eine völlig neue thatsächliche Grundlage gegeben ist. Dies Alles drücken die Worte aus „im bisherigen Vorverfahren", da kein anderes Vorverfahren als das durch Zustellung motivirter Anträge besteht.

Uebrigens handelt es sich bei Anwendung des Artikel 243 Abs. 2 nicht etwa um die Ertheilung längerer Fristen oder verlängerter Fristen gegenüber den vom Gesetze bestimmten, sondern um die richterliche Gewährung völlig neuer Fristen, deren Dauer zu bestimmen im richterlichen Ermessen liegt, die also länger oder auch kürzer sein können, als die im Gesetze vorgezeichneten [11]).

V. Eine Modification des regulären Schriftenwechsels tritt endlich ein, wenn das Vorverfahren in der Hauptsache erst nach Erledigung eines Präjudicial- oder Zwischenpunctes stattzufinden hat [12]).

Dies ist vor Allem der Fall,

1) wenn der Beklagte von der ihm durch Artikel 185, 186 und 232 der Proceßordnung eingeräumten Befugniß Gebrauch gemacht hat [13]).

Enthält nämlich bei Beobachtung der in Artikel 232 bestimmten 8 tägigen Frist der beklagtische motivirte Antrag blos proceßhindernde Einreden im Sinne des Artikel 185 oder doch im Falle des Artikel 186 nur Proceßeinreden überhaupt [14]): so wird schon das schriftliche Vorverfahren (nicht erst die Verhandlung und Aburtheilung) auf diese Einreden beschränkt. Ist aber der Proceß nach dieser Richtung erledigt, so muß er in Ansehung der einstweilen bei Seite gelassenen Puncte, insbesondere in Ansehung der Hauptsache weiter geführt werden. Dies hat zunächst durch Wiederauf-

8) Vgl. Abg. Prot. II, 57—60, 110.
9) Streichung von der Wochentabelle.
10) Artikel 243 Absatz 2 Pr. O.
11) Abg. Prot. II, 113.
12) Artikel 256 Pr. O.
13) Vgl. Abg. Prot. II, 123 und 137. Der Ausdruck „Präjudicialpuncte" ist in Artikel 256 nicht im eigentlichen Sinne (Artikel 190 und 191 Pr. O.), sondern in weiterer Bedeutung gebraucht, in welcher er die Voreinreden der Artikel 185 und 186 mitumfaßt. In derselben allgemeineren Bedeutung spricht Artikel 307 Pr. O.
14) Unter Verweigerung der Einlassung in der Hauptsache.

nahme des Schriftenwechsels von Seite des Beklagten mittels Zustellung seines motivirten Antrags zu geschehen.

Die Dauer der Frist, innerhalb welcher diese Zustellung erfolgen muß, ist die gewöhnliche von 15 Tagen, unter Umständen auch eine kürzere [15]).

Der Beginn der Frist (Artikel 231) kann aber nicht vom Ablauf der ursprünglichen Erscheinungsfrist des Beklagten (Artikel 226 Abs. 2) datirt werden. Sonst wäre sie zu der Zeit längst abgelaufen, wo über die betreffende proceßhindernde Einrede Separaturtheil ergeht. Folgerecht muß, da der terminus a quo des Artikel 231 nicht mehr paßt, der Lauf der Frist für des Beklagten motivirten Antrag aufs Neue eröffnet werden [16]).

Diese Neueröffnung der Frist bezw. die Bestimmung darüber, von wann an sie laufen soll, kann das Gericht in seinem Urtheil über den Präjudicialpunct nicht anordnen. Denn die Frist kann erst zu laufen anfangen, wenn gegen das den Präjudicialpunct erledigende Urtheil ein selbständiges ordentliches Rechtsmittel nicht mehr stattfindet [17]). Ist das erwähnte Urtheil appellabel [18]), so kann das Gericht noch nicht jene Zeit, in welchem dasselbe die Rechtskraft bestritten haben wird, kann also auch den Moment noch nicht bemessen, von welchem die zu bestimmende Frist laufen soll [19]).

Unter solchen Umständen überläßt das Gesetz die Wiederaufnahme des Schriftenwechsels nach Eintritt der Rechtskraft des erwähnten Urtheils lediglich dem Parteibetrieb. Hienach kann

a) es der Beklagte sein, der die Sache weiter betreiben will. In solchem Fall hat er seinen motivirten Antrag dem Kläger zustellen zu lassen, worauf die Anmeldung zur Wochentabelle erfolgen kann. Hiemit ist das Verfahren wieder in Gang gesetzt und nimmt von da ab den ganz regulären Verlauf.

b) Will der Kläger das Vorverfahren weiter betreiben, so hat er dem Beklagten eine Aufforderung zustellen zu lassen, nunmehr binnen gesetzlicher Frist (Artikel 231, 232) seinen motivirten Antrag ihm, dem Kläger, mitzutheilen. Hiemit ist die Sache gleichfalls in die Bahn des regulären Schriftenwechsels zurückgebracht. Der Beklagte theilt seinen Schriftsatz in der erwähnten Frist dem Kläger und dieser seinen Schlußschriftsatz drei Tage vor der Sitzung dem Beklagten mit. Mit Zustellung des beklagtischen motivirten Antrags an den Kläger, eventuell mit dem fruchtlosen Ablauf der dafür gesetzlich laufenden Frist kann die Sache zur Wochentabelle angemeldet werden. (Artikel 237 Abs. 2 der Proceßordnung.)

Die Frist für Abgabe des motivirten Antrags des Beklagten beträgt wie erwähnt 15 Tage von der ihm auf Betreiben des Klägers zugestellten Aufforderung. (Artikel 231 Proceßordnung.)

---

15) Vgl. unten lit. b Aliena 3.
16) Abg. Prot. II, 123; R. Ref. I, 40–41; R. Prot. II, 37; Abg. Ref. III, 36.
17) R. Ref. I, 41.
18) Was bei proceßhindernden Einreden nicht, wohl aber bei andern Präjudicialpuncten vorkommt. Vgl. unten Ziffer 2.
19) Abg. Prot. II, 123.

Stehen aber dem Beklagten mehrere proceßhindernde Einreden im Sinne des Artikel 185 der Proceßordnung zu Gebot, von welchen er bisher nicht alle zur Verhandlung und Aburtheilung gebracht hat: so ist ihm unbenommen, von seinem Privilegium weiteren Gebrauch zu machen. Er kann neuerlich seinen motivirten Antrag auf eine ihm noch zu Gebote stehende Einrede aus Artikel 185 beschränken, wenn er hinwieder die achttägige Frist des Artikel 232 der Proceßordnung einhält u. s. w.

2) Es ist die Frage, ob außer den unter Ziffer 1 erläuterten noch weitere Fälle von Präjudicial- oder Zwischenpuncten vorkommen können, wobei das Vorverfahren für die Hauptsache erst nachgängig der Entscheidung über den Präjudicialpunct stattzufinden hat.

Fälle der Artikel 190 und 191 gehören für die Regel nicht hieher. Wie nämlich schon in §. 131 angedeutet, hat diejenige Partei, welcher eine Präjudicialeinrede im Sinne dieser Artikel zusteht, keineswegs die Befugniß, schon im schriftlichen Vorbereitungsverfahren sich auf die Geltendmachung des Präjudicialpuncts im Sinne des Artikel 232 der Proceßordnung zu beschränken und die weitere (eventuelle) Einlassung in der Sache zu verweigern. Eine solche Befugniß steht dem Beklagten nur für proceßhindernde Einreden zu (Artikel 185 und 186). Präjudicialeinreden stehen unter Artikel 184 und müssen schon im schriftlichen Vorverfahren mit der Einlassung in der Hauptsache verbunden werden.

Allerdings aber gehört es zu den aus der richterlichen Proceßdirection fließenden Befugnissen des Gerichts, für dergleichen Präjudicialeinreden gesonderte, der Verhandlung der Hauptsache vorgängige Verhandlung anzuordnen. Erfolgt eine solche Anordnung im einzelnen Falle wirklich: so ist sie für den Gang des vorbereitenden Schriftenwechsels ohne ändernden Einfluß. Denn sie ergeht erst, wenn das Gericht mit der Sache befasst, also der vorbereitende Schriftenwechsel gemäß Artikel 184 selbst in Ansehung der Hauptsache bereits gepflogen ist. Darum sagt auch Artikel 190 ausdrücklich, die Verhandlung d. h. eben die mündliche Sachverhandlung in der Sitzung im Gegensatz zum schriftlichen Vorbereitungsverfahren könne vorerst auf den Präjudicialpunct beschränkt werden.

Ist der Präjudicialpunct separatim erledigt, so ist es Sache des betreibenden Theils, die rückständige Verhandlung und Erledigung der Hauptsache durch Anmeldung zur Wochentabelle wieder in Gang zu bringen. (Artikel 237 Abs. 2 Proceßordnung.) Eines Weiteren (im Sinne des Artikel 256 Proceßordnung) bedarf es nicht, da der gesammte Schriftenwechsel bereits gepflogen ist.

Allerdings kann es aber vorkommen, daß die Verhandlung und Entscheidung des Präjudicialpuncts der Hauptsache ein so verändertes Aussehen giebt, daß nun der darüber früher gepflogene Schriftenwechsel als unzutreffend oder unzureichend sich darstellt. Dem Beklagten wird es unter solchen Umständen nicht zu verwehren sein, einen weiteren motivirten Antrag mitzutheilen; der Kläger aber wird, wenn dies nicht freiwillig geschieht, wohl thun, eine Aufforderung nach Artikel 256 zustellen zu lassen. Jedenfalls wird hiedurch eine sonst leicht mögliche Vertagung der Verhandlung verhütet.

## III. Capitel.

# Acten- und Urkundenmittheilung [1]).

## I.

## Pflicht zur Mittheilung.

### §. 295.

Die Pflicht, den Gegner schon vor der Verhandlung von denjenigen Beweisen in Kenntniß zu setzen, welche seiner Zeit dort geltend gemacht werden wollen [2]), hat nach Maßgabe der einzelnen Beweismittel einen verschiedenen Inhalt.

Zeugenaussagen, Sachverständigengutachten, Augenscheinsbefunde, Eidesleistungen können von der Partei nicht sofort schon in der ersten Verhandlung realiter vorgeführt werden. Deshalb beschränkt sich die erste Verhandlung auf das Anerbieten dieser Beweise und die Erklärung des Gegners über die Zulässigkeit und Erheblichkeit derselben.

Andere Beweismittel bieten der sofortigen Production in der Regel kein Hinderniß, nämlich Urkunden. Deshalb statuirt das Gesetz deren alsogleiche Vorlage in der Verhandlung und die sofortige Erklärung des Producten sowohl über ihre Zulässigkeit und Erheblichkeit, als ihre Aechtheit, verlegt also die vollständige Schlußverhandlung darüber schon in die erste Verhandlung der Sache.

---

1) Quellen zu Artikel 172 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 70—71; III, 27—28.
Abg. Prot. I, 244—246, 247—249, 283—284, 317; III, 16, 27; IV, 37, 60, 318, 365.
R. Ref. LXX u. Bd. II, 86.
R. Prot. I, 324—326; IV, 26.

Quellen zu Artikel 173 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 70—71.
Abg. Prot. I, 244—246, 247—249, 283—284, 318.
R. Ref. LXX.
R. Prot I, 326.

Quellen zu Artikel 174 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 70—71; III, 28.
Abg. Prot. I, 244—246, 247—249, 283—284, 318; IV, 37—38, 61.
R. Ref. LXX—LXXI u. Bd. II, 87.
R. Prot. I, 326—327; IV, 26.

Quellen zu Artikel 175 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 28.
Abg. Prot. I, 284, 318; IV, 38, 61.
R. Ref. LXXI u. Bd. II, 88,
R. Prot. I, 327; IV, 26.
Vgl. hannöver. Prot. 69—82, 279—287, 1285—1286,1349, 1350.
Ueber Urkundenedition nach deutschem Proceßrecht vergl. Bayer a. a. O. §§. 292—294; Seuffert a. a. O. III, 201—220.

2) §§. 283, 293.

Diese von der Beweisführung mit anderen Probemitteln abweichende Behandlung des Urkundenbeweises hat Consequenzen für das Vorverfahren.

Das blose Anerbieten von Urkundenbeweis im Vorverfahren kann nicht genügen. Nur bei Mittheilung der betreffenden Urkunde kann sich der Product ausreichend für die Verhandlung (u. U. selbst schon für die Hinterlegungstagfahrt) informiren.

Aber auch die blos abschriftliche Mittheilung der Urkunde im Vorverfahren reicht nicht aus. Der deutsche Proceß begnügt sich, die mit Urkunden beweisende Partei lediglich zu einer der Production vorgängigen abschriftlichen Mittheilung anzuhalten. Wo aber wie im französ. und im neuen bayerischen Proceß der Product verbunden ist, in der Hinterlegungstagfahrt, spätestens bei der Verhandlung sich über Erheblichkeit, Zulässigkeit und Aechtheit der Urkunde zu erklären, überhaupt in Ansehung derselben zum Schlusse zu verhandeln: — muß er zuvor Gelegenheit gehabt haben, das Orginal der Urkunde zu sehen und zu prüfen. Sonst ist ein rasches unaufhaltsames Verhandeln unmöglich [3]). Die Gestattung der Einsicht vom Orginal der Urkunde zum vorberegten Zwecke bezeichnet man mit „Urkundenmittheilung" oder „Urkundencommunication."

Die abschriftliche Urkundenmittheilung an den Gegner im Vorverfahren läßt das Gesetz ganz bei Seite. Dies gilt nicht blos für die in der Klagschrift und den motivirten Anträgen angezogenen [4]), sondern auch von Urkunden, die dort noch nicht in Bezug genommen sind, die zu benützen aber eine Partei im weiteren Verlauf des Verfahrens Anlaß erhält. Hiemit werden nicht unbeträchtliche Kosten für Schreib- und Stempelgebühren erspart.

Die Pflicht zur Urkundenmittheilung, zunächst in Gründen der Proceßökonomie wurzelnd, entbehrt auch einer rechtlichen Basis nicht.

Das auf die Proceßinstruction erwachsende Actenmaterial ist ein beiden Parteien gemeinschaftliches. Dieses Material erscheint in den Parteiacten, die an Stelle der Gerichtsacten des deutschen Processes treten. Deshalb sind die Parteiacten beiden Parteien gemeinschaftlich [5]) und diese Gemeinschaftlichkeit erstreckt sich auf die Beweisurkunden als Zugehörungen der Schriftsätze, in welchen sie angerufen und anerboten werden. Sie erscheinen von diesem Augenblicke an als gemeinschaftlich in dem Sinne, daß die Gegenpartei deren Mittheilung verlangen kann. Ist diese Mittheilung erfolgt [6]), so erwächst hieraus eine Editionsverbindlichkeit.

Nicht ohne Interesse erscheint hienach das Verhältniß zwischen Urkundenmittheilung und Urkundenedition. (Artikel 386—392 Pr. O. [7])

Die Editionsverbindlichkeit im Sinne des Civilrechts setzt lediglich ein materielles Recht des Gegners an der Urkunde voraus. Es ist dabei gleichgiltig, ob der Berechtigte die Herausgabe zum Zweck der Benützung in einem concreten bereits anhängigen oder für einen erst mit dem Urkundenbesitzer oder einem Dritten zu beginnenden Rechtsstreit begehrt. Die Edition wird nicht als Incidentbegehren, sondern als Hauptsache mit selbständiger Klage

3) Abg. Prot. I, 244, 245; R. Prot. I, 324 ff.
4) Vgl. §§ 278, 284, 293.
5) Artikel 171 Pr. O. Vgl. §. 266 Ziffer IV.
6) Artikel 337 Pr. O.
7) Vgl. hannöver. Prot. 283—285.

(actio ad exhibendum, ad edendum) vor dem nach allgemeinen Regeln zuständigen Gericht geltend gemacht[8]). Die Proceßordnung gibt Normen für diese Art von Edition nicht, weil sie lediglich dem Civilrecht angehört[9]).

Ihr gegenüber kennt die Proceßordnung eine processuale Edition: Das Recht einer Partei, in einem bereits anhängigen Proceß mittels Incidentbegehrens vor dem Gericht der Hauptsache zum Zwecke der eigenen Beweisführung des Editionsimploranten von der Gegenpartei oder einem Dritten die Urkundenherausgabe ꝛc. zu verlangen, wenn ihr an der Urkunde ein civiles Recht (wie bei der selbständigen actio ad exhibendum etc.) oder auch nur ein processuales Recht auf Grund der Regel „documenta communicando fiunt communia“ [10]) zusteht. Artikel 386—392 Proceßordnung. Hievon war in §§. 219—221 die Rede.

Die Urkundenmittheilung im Sinne der Artikel 172—174 der Proceßordnung aber unterscheidet sich von jener civilrechtlichen und dieser processualen Edition in allen vorerwähnten Beziehungen. Das Recht auf Urkundenmittheilung besteht nur in einem bereits anhängigen, in den Formen des Anwaltsprocesses zu verhandelnden Rechtsstreit, findet lediglich in der Richtung wider die Gegenpartei statt, greift nicht zum Zwecke der eigenen Beweisführung des Mittheilungsberechtigten, sondern behufs hiemit ermöglichter Bekämpfung des gegnerischen Beweises Platz und setzt ein Recht an der Urkunde nicht, wohl aber den feststehenden Besitz des Gegners voraus. Wird der Letztere späterhin geläugnet bezw. die Urkunde, deren Benützung der Beweisführer seinem Gegner signalisirt hatte, von ihm nicht producirt, so fällt sie im vorliegenden Falle einfach aus. Will sie vor der Mittheilung producirt werden, so braucht sich der Gegner auf sie nicht einzulassen. Von einer Beweisführung zur Feststellung des Besitzes, von Folgen, wie sie die verweigerte Edition bei festgestelltem Besitze hat, kann bei verweigerter Mittheilung oder Production solcher Urkunden keine Rede sein.

Hiernächst fragt sich, welche Urkunden Gegenstand der Mittheilung sind [11]). Dahin gehören:

I. Die Parteiacten.

„Im Anwaltsprocesse können die Parteien gegenseitig die Mittheilung ihrer Parteiacten verlangen“ [12]).

Welche Urkunden nothwendige Bestandtheile der Parteiacten bilden, ist in §. 266 unter Ziffer I, 1 und 2 bemerkt.

Die Pflicht zur Mittheilung ist aber nicht auf diese beschränkt, erstreckt sich vielmehr auch auf jene Actenstücke, welche die Partei, ohne gesetzlich hiezu verbunden zu sein, sich freiwillig zu ihren Acten verschafft hat. Dahin gehören die in der Sache ergangenen Entscheidungen, aufgenommenen Protokolle [13]) und sonstigen gerichtlichen Acten, die sich in Urschrift, Ausfertigung oder Abschrift [13]) im Besitze einer Partei befinden, dem Gegentheil aber nicht zugestellt sind [14]).

8) Vgl. Cod. jud. cap. XI §. 6 Ziffer 2.
9) Vgl. §. 219.
10) Artikel 337 Pr. O. §. 183.
11) Artikel 171, 172 Absatz 1 und 2, Artikel 175 Pr. O.
12) Artikel 172 Abs. 1 Pr. O.
13) Vgl Abg. Prot. I, 245, 427.
14) Artikel 172 Abs. 2 Pr. O.

Allerdings läßt sich gegen die Hereinziehung solcher Actenstücke in den Kreis der mitzutheilenden Urkunden vom Standpuncte der Theorie einwenden: die Partei habe nur auf die Einsicht solcher Urkunden ein Recht, welche die Gegenpartei bei der Verhandlung als Beweismittel für sich benützen will. Urkunden aber, wie die hier fraglichen könne sich die Gegenpartei, wenn sie ihr auch nicht zugestellt werden, dennoch auf anderem Wege verschaffen, indem sie sich von der Gerichtsschreiberei Abschriften verschafft u. s. w. Nicht gerechtfertigt sei es auch eine Partei zur Mittheilung solcher Urkunden zu nöthigen, von welchen sie nur für sich Abschriften fertigen ließ und die dem Gegner zuzustellen sie keine rechtliche Verpflichtung habe.

Gleichwohl statuirt die Proceßordnung die Urkundenmittheilung an den Gegner auch in Betreff solcher Actenstücke und zwar aus Zweckmäßigkeitsgründen. Die Kenntnißnahme der Gegenpartei von den in Artikel 172 Abs. 2 bezeichneten Actenstücken erscheint nämlich vielfach als absolut geboten, vorzugsweise bei Zeugenvernehmungs= und Augenscheins=, überhaupt Beweisaufnahmsprotokollen. Nun hätte die Proceßordnung zu diesem Zweck häufig kostspielige Zustellungen anordnen müssen. Um diese Kosten zu ersparen, wurde von einer die Zustellung derselben an die Gegenpartei anordnenden Vorschrift Umgang genommen [15]), zugleich aber wurden, um diese Zustellung zu ersetzen, die betreffenden Actenstücke in den Kreis der dem Gegner auf Verlangen mitzutheilenden Urkunden aufgenommen. Natürlich findet diese Verbindlichkeit zur Mittheilung nur dann statt, wenn eine Partei, wozu sie nicht genöthigt werden kann, sich zum eignen Gebrauch Ausfertigungen oder Abschriften verschafft hat. Die Gegenpartei hat nun nicht mehr nöthig, diese Ausfertigungen und Abschriften sich nochmal von der Gerichtschreiberei zu verschaffen, kann vielmehr die Kosten hiefür dadurch ersparen, daß sie die betreffenden Schriftstücke mit dem gegnerischen Actenhefte sich dr. m. zur Einsicht mittheilen läßt.

Da ferner die Bestimmung des Artikel 171 nicht etwa so zu verstehen ist, als dürften in einem parteilichen Actenhefte außer Beweisurkunden nur die dem Gegner zugestellten Proceßschriften enthalten sein, nicht aber auch die in Artikel 172 Absatz 2 erwähnten Actenstücke, letztere vielmehr gleichfalls im Actenhefte ihre Aufnahme finden werden, so würde, wenn nur die ersterwähnten Bestandtheile des Actenheftes dem Gegner mitzutheilen wären, stets bei der Actenmittheilung wieder eine ganz unnöthige, Zeit und Mühe kostende Ausscheidung getroffen, das geordnete und vollständige, mit Inhaltsverzeichniß versehene Actenheft zerrissen werden müssen u. s. w., was den Parteien erspart werden wollte. In der Praxis würde man sich auch schwerlich zu solcher Ausscheidung verstanden haben, sondern freiwillig das ganze Actenheft dem Gegner mitgetheilt haben, wie dies in der rheinischen Praxis so geübt wird, obwohl dort das Gesetz nur die pièces justificatives in den Kreis der mitzutheilenden Urkunden zieht [16]).

II. Die Pflicht zur Mittheilung erstreckt sich neben den Parteiacten mit ihrem nothwendigen oder zufälligen Inhalt weiterhin auf alle Urkunden, von welchen eine Partei bei einer Verhandlung Ge=

15) Artikel 344 Abs. 3 Pr. O.
16) Abg. Prot. I, 244, 247--248; R. Prot. I, 325.

brauch machen will, wenn sie auch in ihren Schriftsätzen darauf keinen Bezug genommen hat[17]).

Diese Urkunden würden nämlich Bestandtheil der Parteiacten sein, wenn der Anlaß zu ihrer Benützung in der Verhandlung nicht erst nach Abgabe der Schriftsätze hervorgetreten wäre.

Solange diese Veranlassung nicht eingetreten ist, besteht die Pflicht zur Mittheilung nicht. So braucht eine zur Begründung einer Replik diensame Urkunde nicht schon mitgetheilt zu werden, wenn man noch gar nicht weiß, ob der Gegner die betreffende Exception vorbringt. Man würde ihn hiemit selbst darauf hinweisen, wie er zu excipiren hat, wozu keine Verbindlichkeit besteht[18]).

Ist aber eine solche Veranlassung eingetreten und die Absicht vorhanden, eine noch nicht mitgetheilte Urkunde in der Verhandlung zu benützen, so muß diese vorgängig dem Gegner mitgetheilt werden, widrigenfalls sie gegen dessen Willen in der Sitzung nicht gebraucht werden darf[19]). Die in Artikel 171 und 172 Abs. 1 statuirte Beschränkung der Communicationspflicht auf Urkunden, welche bereits in Schriftsätzen in Bezug genommen sind, ist nur eine vorläufige.

## §. 296.

Ihre umfängliche Grenze findet die Verbindlichkeit zur Urkundenmittheilung zunächst darin, daß gewisse Urkunden davon ganz ausgenommen, bezüglich der übrigen aber eine Mittheilungspflicht nur insofern besteht, als die pflichtige Partei sich in deren Besitz befindet.

I. Von der Mittheilung an die Gegenpartei ausgeschlossen sind jene Schriftstücke, welche

1) lediglich das Verhältniß zwischen dem Anwalt und seiner eignen Partei betreffen. Dahin gehören also Informationsprotokolle oder Vormerkungen des Anwalts ꝛc., die Correspondenz des Anwalts mit der eigenen Partei u. s. w. Auf die Einsicht solcher Schriftstücke hat die Gegenpartei kein Recht[1]). Der Anwalt wird dergleichen Schriftstücke auch in der Regel dem officiellen Parteiacte nicht einverleiben, sondern gesondert verwahren. Weiterhin

2) sind absolut ausgenommen die Handelsbücher und Tagebücher der Mäkler[2]).

In den Artikeln 172—174 handelt es sich lediglich um Urkunden, die von Anwalt zu Anwalt communicirt werden; hierunter fallen weder die Handelsbücher noch die Tagebücher der Mäkler, da sich solche Bücher weder zur Einverleibung in die Parteiacten noch zur Mittheilung an die Gegenpartei eignen und nicht gestattet werden kann, daß z. B. die eine Partei das Handelsbuch der Gegenpartei vollständig einsieht. Einen Auszug daraus wird der Anwalt in der Regel bei seinen Acten haben und nur dieser ist der Gegenpartei mitzutheilen. Ist die Sache so gelagert, daß die Production des

17) Artikel 172 Abs. 4 Pr. O.
18) Abg. Prot. I, 248.
19) Abg. Prot. I, 244.
1) Abg. Prot. I, 245.
2) Artikel 175 Pr. O.

Handelsbuchs bei der Verhandlung nothwendig wird, so erfolgt diese in der Sitzung[3]). Vgl. Artikel 37—40 und 79 des Handelsgesetzbuchs, dann §. 219.

Was von Handelsbüchern rc. gilt, muß auch von ähnlichen Büchern z. B. der Gewerbtreibenden rc., von Katasterplänen, Lagerbüchern, Registern rc. gelten.

II. Auch bei den zur Mittheilung an sich geeigneten Urkunden wird selbstverständlich vorausgesetzt, daß sich die zur Mittheilung verpflichtete Partei in deren Besitz befinde. Dies ergibt sich klar aus der Fassung des Artikel 172. Allerdings geht der Beweis dieses Besitzes in der Regel daraus hervor, daß der Urkunden in den Schriftsätzen als solcher erwähnt wird, die bei der Verhandlung benützt werden wollen u. s. w.[4]) Ein Verfahren über den Besitz findet in keinem Falle statt, wie bei einem Editionsstreit. Ausnahmsweise aber kann allerdings der Fall vorkommen, daß eine zur Mittheilung an sich verpflichtete Partei die betreffende Urkunde nicht besitzt, nämlich:

1) wenn es sich um Schriftstücke der in Artikel 172 Abs. 2 bezeichneten Art handelt. Dann hat sich die Gegenpartei eben auf anderem geeigneten Wege diese Urkunden in Ausfertigung oder Abschrift selbst und auf ihre Kosten zu verschaffen; aber

2) auch dann, wenn es sich um Beweisurkunden der in den Artikeln 171 und 172 Abs. 4 bezeichneten Art handelt, z. B. wenn Urkunden benützt werden wollen, die in Archiven oder Registraturen aufbewahrt werden und die man sich zur Vorlage bei der Productionstagfahrt von den betreffenden Aemtern durch die vom Proceßgericht angeordneten Ersuchschreiben des Staatsanwalts um directe Uebersendung zur Gerichtsschreiberei des Proceßgerichts erbitten muß. (Artikel 392[5]). Die zur Mittheilung verpflichtete Partei genügt in solchem Fall ihrer Pflicht, wenn sie die Gegenpartei von der erfolgten Hinterlegung der Actenstücke auf der Gerichtsschreiberei avisirt, worauf jene dort die nöthige Einsicht vor der Verhandlung nehmen kann. Bei Urkunden, die sich die betreffende Partei erst durch Editionsklagen gegen Dritte verschaffen muß, hat sie diese, wenn sie in deren Besitz gelangt, mitzutheilen.

III. Anlangend die Voraussetzungen der Mittheilung in Ansehung des Verfahrens, so findet dieselbe nur im Anwaltsprocesse, aber sowohl im ordentlichen als im abgekürzten Verfahren statt. In der hannöv. Commission machte sich die Anschauung geltend, daß die Mittheilungspflicht ganz allgemein bestehen solle. Man fasste dies als eine pure Consequenz und Uebertragung der Verbindlichkeit zur gegenseitigen Abschriftenmittheilung (Artikel 171 bayr. Proceßordnung) auf Originalurkunden auf[6]). Die bayr. Proceßordnung folgt dieser Auffassung nicht. Vielmehr werden im Parteiproceß die Urkunden erst in der Sitzung vorgelegt[7]).

Die Mittheilung hat übrigens nur für die je nächste Verhandlung stattzufinden. Demgemäß hat, wenn ein Proceß in mehreren Verhandlungen

3) Abg. Prot. I, 284.
4) Hannöver. Prot. 283—285.
5) Abg. Prot. I, 245.
6) Hannöver. Prot. 279 - 281, 282, 283.
7) Artikel 506 Pr. O.

verläuft, vor jeder solcher Verhandlung immer nur die Mittheilung derjenigen Urkunden zu geschehen, welche in dieser nächsten Verhandlung benützt werden wollen. Kömmt eine spätere Verhandlung nach, in welcher ein Anwalt eine von ihm früher nicht benützte Urkunde nachträglich gebrauchen will, so kann er sie auch hier noch mittheilen bezw. muß er diese Mittheilung an den Gegner bewerkstelligen. Natürlich muß die Mittheilung auch hier vor der mündlichen Verhandlung erfolgen, sonst wäre sie zwecklos [8]).

IV. Der Zweck der Urkundenmittheilung ist, die Gegenpartei in den Stand zu setzen, sich vor der Verhandlung schon über ihre gesammte Vertheidigung gegenüber solchen Urkunden, die dort geltend gemacht werden, vorzubereiten, und so einer etwa auf Antrag des Gegners nothwendig werdenden Vertagung der Sitzung vorzubeugen. Hieraus folgt, daß auf die lediglich im Interesse des Producten erfolgende vorgängige Actenmittheilung von diesem auch verzichtet werden kann, wenn er sich ohnedies in der Lage zu befinden glaubt, sofort über die Urkunde zum Schlusse zu verhandeln. Deshalb unterscheidet das Gesetz zwei Fälle:

1) Die Actenmittheilung d. h. den Fall, wo der Gegner auf Grund der ihm zugestellten Schriftsätze bereits davon unterrichtet ist, welche Urkunden in der Verhandlung gegen ihn gebraucht werden wollen. Es sind dies die in Artikel 171 erwähnten, die dort bezeichneten Actenstücke enthaltenden und allenfalls durch Urkunden der in Art. 172 Abs. 2 bezeichneten Art vervollständigten Parteiacten. In Ansehung dieser hat die betreffende Partei nur die Pflicht, auf Verlangen der Gegenpartei Mittheilung zu machen [9]). Urkunden im Sinne des Artikel 172 Abs. 2 insbesondere sind speciell zu begehren, wenn sie sich zwar im Besitze der Partei, aber noch nicht bei deren Acten befinden. Stellt der Gegner ein solches Begehren nicht, so hat er thatsächlich auf die Mittheilung verzichtet und kann wegen unterbliebener Mittheilung keinen Vertagungsantrag in der Verhandlung begründen.

Aber auch aus einem praktischen Grunde ist vorgeschrieben, daß die Actenmittheilung überhaupt im Gegensatz zur besonderen Urkundenmittheilung (Ziffer 2) erst auf Begehren des Gegners erfolgen soll. Es würde nämlich diese Actenmittheilung sonst häufig zu einer Zeit erfolgen, wo der Anwalt, dem die Acten mitgetheilt werden, nicht in der Lage ist, sie zu studieren, ein Mißstand, der noch stärker hervorträte bei der kurzen Frist für die Urkundenrückgabe [10]).

Das betreffende Begehren kann zu jeder Zeit, auch wiederholt im Processe gestellt werden; dies braucht nicht schriftlich und formell, es kann ganz formlos geschehen. Nur eine wirkliche oder voraussichtliche Verweigerung desselben kann den betreffenden Anwalt zur Zustellung der Aufforderung auf Urkunden- oder Actenmittheilung durch Gerichtsvollzieheract veranlassen, damit er seinen allenfalls im Sinne des Artikel 172 Abs. 2 bei Gericht zu stellenden Antrag auf Urkundenmittheilung zu belegen im Stande ist.

---

8) Hannöver. Prot. 281.
9) Artikel 172 Abs. 1 Pr. O.; argum. Artikel 172 Abs. 3 voce „solange dem Begehren ꝛc."
10) Abg. Prot. I, 244, 245.

Der Lauf der Fristen des vorbereitenden Verfahrens wird durch die Aufforderung zur Urkundenmittheilung nicht unterbrochen[11]).

2) Urkundenmittheilung im engeren Sinne. Anders gestaltet sich die Sache, wenn eine Partei bei einer Verhandlung von Urkunden Gebrauch machen will, worauf sie in ihren Schriftsätzen keinen Bezug genommen hat, bezüglich deren also der Gegner zum Voraus von der Absicht dieser Partei nicht unterrichtet ist. In solchem Falle ist der Gegner gar nicht in der Lage, thatsächlich auf die Mittheilung dieser Urkunden durch Unterlassung eines gestellten Begehrens zu verzichten. Deshalb enthält in Ansehung solcher Urkunden die Proceßordnung die ausdrückliche Vorschrift:

„Will eine Partei von einer in ihrem Besitze befindlichen Ur-„kunde, worauf sie in ihren Schriftsätzen keinen Bezug genom-„men hat, bei einer Verhandlung Gebrauch machen, so hat sie „diese Urkunde vor der Verhandlung der Gegenpartei auch ohne „Aufforderung mitzutheilen". [12])

Das Gebot gründet sich auf die Pflicht zur Lojalität in der Proceßführung, welche jeder Partei gegenüber der andern obliegt.

Der in Frage stehende Fall wird nicht zu den seltensten gehören. Denn ein Anwalt kann nicht immer schon bei Beginn des Processes wissen, welche Urkunden er später nothwendig haben wird. Das Gesetz verpflichtet ihn deshalb nur dazu, stets mitzutheilen, was er zur Zeit an Urkunden zu benützen beabsichtigt und, wenn er erst im Laufe des Verfahrens sich von der Nothwendigkeit der Benützung weiterer Urkunden überzeugt, welche in dem bereits mitgetheilten Actenhefte sich noch nicht befanden, dann auch diese dem Gegner unaufgefordert mitzutheilen[13]).

## II.

## Folgen verweigerter Acten- und unterlassener Urkundenmittheilung.

### §. 297.

Für die Existenz oder Nichtexistenz derselben Thatsache können einer Partei mehrere Beweise zu Gebot stehen, von welchen jeder für sich allein hinreicht, volle Probe von Sein oder Nichtsein des betreffendem Factums zu gewähren. Concurrente Beweisbehelfe. Der in §. 288 für das Bereich der Thatsachen aufgestellte Satz, wonach keine Partei ihre Rechtsbehelfe nach einander, den Einen immer erst nach endurtheilmäßiger Erledigung des Andern vorbringen darf, solche vielmehr auf einmal d. i. zu ein und derselben Aburtheilung stellen muß, gilt auch für Beweise; denn in Bezug auf ihre Geltendmachung sind Beweise unter dieselben Gesetze wie die Thatsachen, also diesen gleichgestellt[1]).

Nicht minder gilt für Beweise das in §. 290 dargestellte Princip d. h. jede Partei muß und darf die ihr zu Gebot stehenden concurrenten Beweise spätestens bis zum Schlusse der dem Endurtheil unmittelbar vorhergehenden

11) Vgl. preuß. Entw. §. 301.
12) Artikel 172 Absatz 4 Pr. O.
13) Abg. Prot. I, 244, 245.
1) Vgl. §§. 166, 234 Ziffer II, §§. 237 und 283 Ziffer IV.

mündlichen Verhandlung geltend machen. Der Grundsatz der Unpräjudicirlichkeit des Vorverfahrens im Anwaltsprocesse (Artikel 251 Absatz 1) findet hienach auch für Beweise Anwendung und ebenso die Vorschrift über gewisse Nebenfolgen (Vertagung, Kosten- und Schadensersatz), welche das Gesetz an Versäumniß im Vorverfahren knüpft. (Artikel 251 Absatz 2 Pr. O.)[2]) Dies gilt auch im Falle des Artikel 232 der Pr. O., wenn ausnahmsweise eine privilegirte Proceßeinrede eines Beweises bedarf; die Beweise müssen hier spätestens bis zum Schlusse jener Verhandlung geltend gemacht werden, welche dem Separatendurtheil unmittelbar vorhergeht. Nicht anders verhält es sich mit Beweisen für gemeine Proceßeinreden, welche mit der Einlassung verbunden worden sind. (Artikel 184 Pr. O.)

Eigenthümlich aber gestaltet sich die Sache, wenn das Beweismittel der Urkunde in Frage ist. Denn in Ansehung dieses beschränkt sich das Gesetz nicht darauf, ein Beweisanerbieten im Schriftenwechsel (Artikel 230) zu verlangen, sondern es schreibt weiterhin die vorgängige Mittheilung der zu benützenden Urkunde an den Gegenanwalt vor. (Artikel 172 ff., Artikel 243 Pr. O.) Beides zwar sind blos vorbereitende Proceßhandlungen und gehören deshalb zum Vorverfahren. Allein die bezüglichen Vorschriften (Artikel 251) kommen schlechthin doch nur auf das urkundliche Beweisanerbieten im Schriftenwechsel (Artikel 230) zur Anwendung. Hinsichtlich versäumter Urkundenmittheilung sind die allgemeinen Normen des Artikel 251 eigenthümlich modificirt. Allerdings gehen diese Sondervorschriften für die Regel nicht weiter als Artikel 251, indem sie die verweigerte Acten- oder unterlassene Urkundenmittheilung mit der Vertagung der Sitzung auf Kosten des Säumigen bedrohen. Ausnahmsweise aber ist an solche Säumniß selbst der Ausschluß der Urkunde von der betreffenden Verhandlung geknüpft und insoferne liegt eine Abweichung von dem in Artikel 251 der Pr. O. normirten Principe vor[3]).

I. Verweigerung der Actenmittheilung. Artikel 171, 172 Absatz 1 u. 2 Pr. O.

Wurde trotz Begehrens des Gegenanwalts diesem die Actenmittheilung verweigert, so ist zu unterscheiden, ob Begehren und Weigerung vor der Hinterlegungs- oder vor der Verhandlungstagfahrt bezw. in der Richtung auf die eine oder andere dieser Tagfahrten stattgehabt hat.

1) Hat der Gegenanwalt dem vor der Hinterlegungstagfahrt gestellten Begehren auf Mittheilung der Acten überhaupt oder der in Schriftsätzen in Bezug genommenen Urkunden insbesondere nicht oder nicht rechtzeitig entsprochen, so muß die Hinterlegungstagfahrt auf Verlangen des andern Theils vertagt werden[4]).

Natürlich genügt aber die blose Behauptung der Weigerung trotz rechtzeitigen Begehrens nicht, das betreffende Vorbringen muß auch bewahrheitet werden[5]).

2) Es kann die vorerwähnte Mittheilung auch vor der Verhandlungstagfahrt verweigert werden, wenn das Begehren erst vorgängig dieser erhoben wurde.

2) Vgl. insbesondere die Artikel 251 und 230 Absatz 3 voce „und welcher Arten von Beweismitteln sie sich bedienen will", sodann Artikel 327, 328, 336 Pr. O.
3) Vgl. Abg. Prot. II, 71.
4) Artikel 242 Absatz 2 Pr. O.
5) Abg. Prot. II, 119.

Hiezu kann Veranlassung sein, wenn der Hinterlegungstagfahrt nachgängig der eine Anwalt dem andern einen Antrag zustellen läßt, in welchem eine Urkunde in Bezug genommen ist; ebenso, wenn ein Anwalt vor der Hinterlegungstagfahrt ein bezügliches Begehren an den Gegner freiwillig unterlassen oder wenn er trotz gestellten Begehrens die Acten vor der Hinterlegungstagfahrt nicht erhalten, aber auch von dem ihm nach Artikel 243 Absatz 2 zustehenden Rechte keinen Gebrauch gemacht hat.

Gleichviel welcher dieser Fälle gegeben ist, steht dem um die Mittheilung verkürzten Anwalte

a) zunächst das Recht zu, mittels einer Proceßeinrede die Einlassung oder weitere Einlassung in die Verhandlung auf solange zu verweigern, bis seinem Begehren entsprochen ist. Die Kosten und Schäden, welche auf die deshalb nothwendig gewordene Vertagung erwachsen, hat überdies der Säumige zu tragen [6]; doch setzt dies voraus, daß das Begehren um Mittheilung nicht selbst verspätet z. B. unmittelbar oder doch so kurz vor der Verhandlung erhoben wurde, daß der Gegenanwalt außer Stand war, die Acten zu entbehren. Die vorberegte Einrede wird zumeist ihren Zweck, die Actenerlangung, nicht verfehlen, wenn es der Beklagte ist, der sie vorschützt. Dem Kläger aber ist mit solcher Einrede noch nicht ausreichend gedient; selbst für den Beklagten genügt sie unter Umständen nicht, z. B. wenn ihm vorzüglich an der Beendigung des Rechtsstreits gelegen, der Kläger jedoch geneigt wäre, die für ihn mißlich gestaltete Sache liegen zu lassen.

Deshalb giebt das Gesetz dem Berechtigten auch ein Mittel zu activem Vorgehen [7]. Die Partei, welche die Mittheilung vergeblich begehrte, kann beantragen, daß dem Gegenanwalt zur Mittheilung eine kurze Frist gesetzt werde.

Steht fest, daß der Gegenanwalt vorgängig um die Mittheilung angegangen wurde, aber diese verweigert hat [8], so muß das Gericht (im contradictorischen Verfahren) [9] dem Antrage stattgeben.

Der Antrag kann in der Sitzung unmittelbar nach dem Aufruf oder bei der Verhandlung, etwa in Verbindung mit der Vertagungseinrede (lit. a), — aber auch außerhalb der Sitzung schriftlich mittels einfacher Vorstellung erhoben werden [10]. Erstterenfalls erläßt das Gericht in öffentlicher, letzterenfalls in geheimer Sitzung die Entscheidung. Der in geheimer Sitzung erlassene Beschluß wird in Urschrift durch den Gerichtsschreiber dem betreibenden Anwalt behändigt, welcher ihn dem Gegenanwalt zustellen lassen muß [11]. Die Zulassung dieses schriftlichen Verfahrens ist allerdings anomal; das Gesetz wollte verhüten, daß Antragstellung und Beschlußfassung immer an die umständlichere mündliche Verhandlung gebunden sei [12].

---

6) Artikel 172 Abs. 3 Pr. O.
7) Artikel 172 Abs. 3 Pr. O.
8) Argum. voce „vergeblich begehrte". Abg. Prot. I, 283.
9) Abg. Prot. I, 248.
10) R. Prot. I, 326; Abg. Ref. III, 27.
11) Artikel 651.
12) R. Prot. I, 326; Abg. Ref. III, 27.

Erfolgt die Mittheilung binnen der gesetzten Frist nicht oder nicht vollständig, so darf von der Urkunde, solange sie nicht mitgetheilt ist, bei keiner dieselbe betreffenden Verhandlung anders als mit Zustimmung des Gegners Gebrauch gemacht werden. Auch ist die Gegenpartei im Falle solch' fortgesetzter Säumniß befugt, sich von den betreffenden Urkunden auf Kosten des Gegners Ausfertigungen oder Abschriften soweit dies ausführbar geben zu lassen.

Die Verwirklichung des erwähnten Präjudizes kann nur nach Verhandlung der Sache in öffentlicher Sitzung unter Gehör des Säumigen und Feststellung der bezeichneten Voraussetzungen erfolgen. Uebrigens kann und soll diese Verhandlung wenn möglich mit der Hauptverhandlung verbunden werden[13]). Actenstücke, von welchen der Antragstellende Abschrift in seinen eigenen Acten besitzt, können nie ausgeschlossen werden.

II. Urkundenmittheilung im Sinn des Artikel 172 Absatz 4 (ohne Begehren).

Da hier von Urkunden die Rede ist, welche erst in der Verhandlung vorgelegt werden, ohne daß derselben vorher Erwähnung geschah, so können die Folgen ihrer Nichtmittheilung bei der Hinterlegungstagfahrt nicht in Frage kommen, sondern erst bei der Verhandlung.

Hat eine Partei eine von ihr vor der Verhandlung noch nicht in Bezug genommene Urkunde dem Gegner nicht unaufgefordert mitgetheilt, so kann auf Antrag des letzteren die Vertagung der Sache, nach Umständen auf Kosten des Säumigen, und selbst die Ausschließung der Urkunde von der betreffenden Verhandlung verfügt werden[14]).

Die facultative Fassung dieser Vorschrift giebt dem richterlichen Ermessen den freiesten Spielraum.

Zunächst hat sich das Gericht zu fragen, ob nicht sowohl der Antrag auf Vertagung wie jener auf den Ausschluß der Urkunde überhaupt zu verwerfen sei. Dies hat zu geschehen, wenn nach den Umständen die Vertheidigung auf die nicht mitgetheilte Urkunde gleichwohl nicht beeinträchtigt erscheint.

Ist aber letzteres wirklich der Fall, so hat das Gericht, auch wenn sofort der Urkundenausschluß beantragt ist, immerhin erst zu erwägen, ob nicht der mildere Weg der Vertagung der Sachlage wie selbst den Interessen des Antragstellers angemessener erscheint. Hauptsächlich maßgebend ist dabei der Stand, in welchem sich der Proceß befindet. Da der Urkundenausschluß doch nur für die betreffende Verhandlung ausgesprochen werden könnte, ist Vertagung vorzuziehen, wenn auf diese noch eine weitere Verhandlung z. B. eine Schlußverhandlung auf Beweis oder selbst bei gegebener Apellabilität der Sache eine weitere Verhandlung in höherer Instanz in Aussicht steht. Mit dem sofortigen Ausschluß der Urkunde wäre nicht gedient, da sie in der späteren, ja in der letzten Verhandlung vor dem Endurtheil im letzten ordentlichen Rechtszug nach geltend gemacht werden könnte, während u. U. die betreffende Verhandlung ohne Benützung der Urkunde minder klar und einfach verlaufen würde[15]).

13) Abg. Prot. I, 245, 249.
14) Artikel 172 Absatz 4 i. f. Pr. O.
15) Abg. Prot. I, 247.

Entscheidet sich das Gericht für Vertagung, so ist zugleich zu erwägen, ob nicht die hierauf erwachsenden Kosten dem Säumigen zu überbürden seien. Dies hat dann zu geschehen, wenn die Vertagung durch den Säumigen schuldhaft veranlasst ist. Andernfalls treffen die Kosten für die Regel den in der Hauptsache unterliegenden Theil. Unter Umständen können sie aber auch jetzt schon dem Gegner desjenigen, der die Urkundenmittheilung unterlassen hat, aufgebürdet werden, wenn jenem zur Last fällt, die Vertagung veranlasst zu haben. So sind, wenn der Beklagte erst bei der Verhandlung eine Einrede vorbringt und hiedurch den Kläger zur Geltendmachung und zum urkundlichen Beweise einer Replik nöthigt, die aus der Vertagung entstandenen Kosten dem bisher allein säumigen Beklagten zu überweisen[16].

Ergiebt sich endlich aus den Umständen die Zwecklosigkeit einer Vertagung, so ist allerdings auf Antrag der Ausschluß der Urkunde von der betreffenden Verhandlung, nicht aber etwa auch für etwaige nachfolgende Verhandlungen in dieser oder der höheren Instanz[17]), auszusprechen. Dieser Ausschluß wird von selbst zu einem definitiven, wenn auf die betreffende Verhandlung sofort ein Endurtheil letzter Instanz ergeht.

## III.

## Verfahren bei der Acten- und Urkundenmittheilung.

### §. 298.

I. Für die Art der Acten- und Urkundencommunication gestattet das Gesetz einen doppelten, der Wahl des Mittheilenden freigegebenen Modus[1]).

1) Die Mittheilung der Urkunden kann von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung oder
2) durch Hinterlegung auf der Gerichtsschreiberei geschehen.

Der erstere Modus ist der einfachste, kürzeste und mindest kostspielige. Daher wird in der Pfalz wie in Frankreich die Actencommunication fast ausnahmslos auf diesem Wege, von Anwalt zu Anwalt gemacht. Der zur Mittheilung berechtigte Anwalt läßt sich die Acten vom Gegenanwalt ohne alle Formalität, selbst ohne Empfangsbescheinigung durch ein Individuum seiner Canzlei erbitten und schickt sie nach gemachtem Gebrauch ebenso formlos zurück. Handelt es sich um Urkunden, die bei der Actencommunication noch nicht im Actenhefte waren, so schickt solche der mittheilende Anwalt an den Gegenanwalt zur Einsicht auf gleich formlosem Wege. Der auch nach französ. Processe gestatteten Vermittlung der Gerichtschreiberei bedient man sich nicht. Man erspart so den nicht unbedeutenden Aufwand, welcher für den Act der Hinterlegung und Zurücknahme entstehen würde, und erreicht doch den beabsichtigten Zweck viel besser; denn man hat nicht nöthig, die Zeit der Büreaustunden auf der Gerichtschreiberei für das

---

16) Abg. Prot. I, 245, 249. Daß in diesem Falle nur vertagt, nicht aber die klägerische Urkunde von der Verhandlung ausgeschlossen werden kann, versteht sich von selbst.

17) Vgl. Artikel 329 Absatz 3 Pr. O.; Artikel 707.

1) Artikel 173 Absatz 1 Pr. O. Vgl. Artikel 189 code de procéd.

Actenstudium zu verwenden[2]). Daß diese Praxis auch bei uns Eingang finde, ist so zu wünschen wie zu hoffen

Allerdings aber kann es Fälle geben, in denen es bedenklich erscheinen mag, Urkunden im Orginal der Gegenpartei unmittelbar und ohne besondere Garantie mitzutheilen. Deshalb läßt das Gesetz dem Anwalte die Wahl (vergl. Ziffer 2 oben), an Stelle unmittelbarer Actencommunication an den Gegner die Urkunden zum Zwecke der Einsichtnahme durch denselben auf der Gerichtschreiberei zu hinterlegen und von der geschehenen Hinterlegung an ihn Kundmachung gelangen zu lassen. Der Gegenanwalt hat die Einsicht unter der Aufsicht des Gerichtsschreibers zu pflegen. Hierin liegt ausreichender Schutz gegen Mißbräuche ꝛc. Daß auf der Gerichtschreiberei die nöthige Ordnung und Aufsicht herrschen, dafür sorgen reglementäre Bestimmungen[3]).

II. Schon im Allgemeinen ist vorgeschrieben, daß die Parteiacten stets vollständig und geordnet zu erhalten sind[4]).

In diesem geordneten Zustande hat die Communication derselben zu geschehen.

Wünschenswerth ist, daß die Acten einen vollständigen Actenrenner enthalten, weil der Gegenanwalt oder Gerichtschreiber den Empfang der Acten unter eigener Haftung bescheinigen muß, ihm also doch zuviel zugemuthet wäre, solche ohne genaues Verzeichniß in Empfang zu nehmen. Das Gesetz schreibt allerdings nicht ein Verzeichniß über sämmtliche im Acte enthaltenen Actenstücke, sondern nur ein Verzeichniß über die darin enthaltenen Urkunden vor[5]).

## IV.

## Zurückgabe mitgetheilter Acten und Urkunden.

### §. 299.

I. Daß der Anwalt, dem die Urkundenmittheilung gemacht wurde, zur Rückgabe der mitgetheilten Actenstücke verpflichtet ist und zwar vor der Verhandlung der Sache, versteht sich von selbst.

Es kann sich demgemäß nur fragen, binnen welcher Zeit diese Rückgabe zu erfolgen hat. Für die Dauer der Frist zur Acteneinsichtnahme stellt das Gesetz

1) als Regel auf, daß diese Frist 3 Tage beträgt. Sie läuft vom Tage der Ausstellung der Bescheinigung bei Communication von Anwalt zu Anwalt, vom Tage der Kundmachung der geschehenen Hinterlegung bei Communication durch den Gerichtschreiber[1]).

Hierin liegt indirect die Verpflichtung des Mittheilenden, die Mittheilung spätestens 3 Tage vor der Verhandlung zu bewerkstelligen.

2) Abg. Prot. I, 244.
3) Abg. Prot. I, 245.
4) Artikel 171 Pr. O.
5) Abg. Prot. I, 245; Artikel 173 Absatz 2 Pr. O.
1) Artikel 173 Absatz 3 Pr. O.

2) Von der erwähnten Regel giebt es Ausnahmen nach doppelter Richtung, indem nämlich

a) zunächst die Frist zur Einsichtnahme durch den Inhaber der Urkunden oder durch gerichtliche Anordnung erweitert werden kann[2]. Aber auch

b) verkürzt kann jene gesetzliche wie diese erweiterte Frist werden. Das Gesetz schreibt nämlich generell vor:

„Findet die Verhandlung noch vor Ablauf der Frist statt, so „muß die Rückgabe jedenfalls vor der Verhandlung erfolgen[3].“

Dieser Fall wird namentlich bei den Sachen, in welchen Ladung auf kurze Frist stattgehabt hat (abgekürzter Anwaltsproceß, Artikel 259—261), nicht selten eintreten[4]. Das Gesetz macht dabei keinen Unterschied, ob die regelmäßige 3tägige Frist im Lauf ist oder ob selbe sogar durch Gerichtsverfügung oder Parteiübereinkunft erweitert wurde. In jedem Falle hat die Urkundenrückgabe vor der Verhandlung stattzufinden[5].

Wäre dem Anwalt unter den erwähnten Umständen eine ausreichende Prüfung der mitgetheilten Acten und Urkunden wegen Kürze der Zeit unmöglich, so kann er Vertagung der Verhandlung begehren, um die Urkunden nochmal einzusehen.

II. Wird durch die Bestimmungen der Proceßordnung über Acten- und Urkundenmittheilung das Verfahren wesentlich beschleunigt, so giebt das Gesetz auch kräftige Schutzmittel, wenn der Anwalt in Rückgabe der ihm mitgetheilten Urkunden säumig ist[6].

In Beziehung auf die Hauptsache steht nämlich der betreffenden Partei das Recht zu, die Vertagung der Hinterlegungstagfahrt zu begehren, wenn der Gegenanwalt seinen Verpflichtungen hinsichtlich der Rückgabe der Urkunden nicht nachgekommen ist. Artikel 242 Absatz 2 Pr. O. Daß das gleiche Recht auch in Ansehung der Verhandlungstagfahrt besteht, ergiebt die Natur der Sache.

Der Anwalt selbst aber, welcher die Rückgabe der von Hand zu Hand mitgetheilten Urkunden in der betreffenden Frist nicht oder nicht vollständig bewirkt hat, ist

1) auf schriftlichen Antrag der Gegenpartei und Vorlage der Empfangsbescheinigung ohne weitere Verhandlung von dem Gerichte in geheimer Sitzung zur sofortigen Rückgabe der Urkunden und in die Kosten zu verurtheilen.

Soweit das Erkenntniß die Rückgabe der Urkunden betrifft, ist es mittels Personalhaft vollstreckbar[7].

Es versteht sich von selbst, daß diese Bestimmung keine Anwendung auf den Fall finden kann, wo die Actencommunication durch Hinterlegung auf der Gerichtsschreiberei stattfand. Dies drücken die

---

2) Artikel 173 Absatz 2 Pr. O. init.
3) Artikel 173 Absatz 2 i. f. Pr. O.
4) Abg. Prot. I, 219.
5) Abg. Prot. I, 284.
6) Abg. Prot. I, 246.
7) Artikel 174 Absatz 1 und 3 Pr. O.

Worte aus: „Erfolgt die Rückgabe der von Hand zu Hand mitgetheilten Urkunden nicht rechtzeitig“ ꝛc. ꝛc.[8]).

Anlangend

a) das Verfahren in einem Falle solcher Säumniß, so ist der auf die Verurtheilung des säumigen Anwalts zur sofortigen Urkundenrückgabe zu stellende schriftliche Antrag in Form einfacher Vorstellung (Artikel 644 ff.) unmittelbar beim Gerichte einzureichen. Dem Gegner wird er nicht zugestellt. Eine solche Zustellung von Anwalt zu Anwalt wäre Zeitverlust. Natürlich wird kein Anwalt den Antrag bei Gericht stellen, ohne vom Gegner zuvor die Acten zurückverlangt zu haben; er würde sich sonst dessen Einspruch gegen das Erkenntniß zur Rückgabe aussetzen[9]).

Der Antrag ist mit der Empfangsbescheinigung des gegnerischen Anwalts, allenfalls, wenn die Rückgabe unvollständig erfolgte, mit weiteren Belegen zu versehen.

Das Verfahren auf den gestellten Antrag richtet sich nach den Bestimmungen des XXV. Hauptst. der Proceßordnung.

Es findet in geheimer Sitzung statt, also ohne mündliche, ja ohne Verhandlung überhaupt, da keine Partei anwesend ist auch der Gegner nicht[10]).

b) Das Erkenntniß, welches durch den Gerichtschreiber dem Imploranten und von diesem dem säumigen Anwalte mitzutheilen bezw. zuzustellen ist, hat, im Falle dem gestellten Antrage stattgegeben wird, dahin zu lauten:

„daß der betreffende Anwalt zur sofortigen Rückgabe der Ur-
„kunden und zur Tragung der auf den erwähnten Antrag
„und dieses Erkenntniß erwachsenen Kosten verbunden sei.“

Einen weiteren Ausspruch hat das Erkenntniß nicht zu enthalten, insbesondere nicht einen Ausspruch über Schadensersatz neben der Kostenverurtheilung.

Damit will keineswegs gesagt werden, daß ein Anspruch auf Schadensersatz überhaupt nicht stattfinde. Im Gegentheil hat der Säumige nach den hiefür einschlägigen allgemeinen Grundsätzen sowohl für den aus der Verzögerung der Urkundenrückgabe als für den daraus erwachsenden Schaden, daß die Urkunde etwa gänzlich zu Verlust ging, volle Entschädigung zu leisten. Dies wurde als selbstverständlich betrachtet. Allein hierauf ist eine besondere Entschädigungsklage zu stellen. Die Austragung dieser Klage kann nicht ohne vorgängige Verhandlung, in geheimer Sitzung geschehen[11]).

Ebenso wenig hat das Erkenntniß einen ausdrücklichen Ausspruch darüber zu enthalten:

„daß dasselbe, soweit es die Rückgabe der Urkunden betrifft,
„mittelst Personalhaft vollstreckbar ist“[12]).

---

8) Abg. Prot. I, 249.
9) Abg. Prot. I, 249.
10) Abg. Ref. III, 28; R. Ref. II, 87.
11) Abg. Prot. I. 246, 284. Die Entschädigungsfrage könnte auch bei der Einspruchsverhandlung kaum hinreichend eruirt werden.
12) Artikel 174 Absatz 3 Pr. O.

Eines solchen bedarf es nicht, da die Vollstreckung mittels Personalhaft in diesem Falle kraft Gesetzes auf Grund der betreffenden Entscheidung selbst stattfinden kann, ohne daß eine besondere gerichtliche Ermächtigung hiezu erforderlich wäre[13]).

Indessen ist zu bemerken, daß die Personalhaft nicht weiter zulässig ist, als es sich um die Rückgabe der Urkunden selbst handelt, nicht auch bezüglich der Kostenverurtheilung[14]).

Auch ist die Personalhaft nicht schon (vorläufig) vollstreckbar mit Zustellung des Erkenntnisses an den Säumigen. Vielmehr muß abgewartet werden, ob nicht der verurtheilte Anwalt binnen der ihm gesetzlich zustehenden 24stündigen Einspruchsfrist wirklich Einspruch erhebt. Erst wenn diese Frist fruchtlos abgelaufen oder der Einspruch verworfen ist, erscheint die Vollstreckung mittelst Personalhaft zulässig[15]).

Befindet sich der Anwalt, weil ihm die Urkunde zu Verlust ging, außer Stand sie zurückzugeben, so kann er wenigstens die Personalhaft von sich abwenden, wenn er dies im Einspruchsverfahren geltend macht. Unterläßt er dies oder geht ihm die Urkunde später zu Verlust, so kann er seine Haftentlassung dadurch bewirken, daß er gegen die Haft unter Glaubhaftmachung der Unmöglichkeit der Urkundenrückgabe Widerspruch erhebt. Von der Entschädigungspflicht kann er sich natürlich hiedurch nicht frei machen[16]).

2) Schon nach allgemeinen Grundsätzen ergiebt sich, daß dem ohne Gehör Verurtheilten gegen das betreffende Erkenntniß der Einspruch zu stehen muß. Dies bestimmt denn auch die Proceßordnung für den vorliegenden Fall ausdrücklich dahin:

„Der Verurtheilte kann das Erkenntniß innerhalb einer unerstreckbaren Frist von vier und zwanzig Stunden von der Zustellung an mit Einspruch anfechten, über welchen in einer sofort anzuberaumenden Sitzung ohne weiteres Vorverfahren zu verhandeln ist. Unterliegt der Verurtheilte hiebei, so kann ihn das Gericht außerdem noch in eine Geldbuße bis zu fünfzig Gulden verfällen"[17]).

Was nun vor Allem

a) die Frist zur Erhebung des Einspruchs betrifft, so ist sie von allgemeinen Bestimmungen abweichend auf die Zeit von 24 Stunden der Natur der Sache entsprechend verkürzt[18]).

Sie ist ferner unerstreckbar, weil der hier zugelassene Einspruch die Natur eines Rechtsmittels an sich trägt[19]).

b) Das Einspruchsverfahren unterscheidet sich wesentlich von dem in Artikel 174 Abs. 1 vorgeschriebenen Verfahren. Dort ist blos ein schriftlicher Antrag gestellt, die Entscheidung erfolgt ohne

13) Artikel 1140 Pr. O.
14) Abg. Prot. I, 284. Für letztere findet die gewöhnliche Gelderecution statt.
15) Artikel 826 Pr. O. Abg. Prot. I, 246, 249.
16) Artikel 1165 Absatz 3 und 4 Pr. O.
17) Artikel 174 Absatz 2 Pr. O.
18) Abg. Prot. I, 246, 249.
19) Abg. Prot. I, 284.

Verhandlung, ohne Anwesenheit des Gegners in geheimer Sitzung. Anders im Falle des Einspruchs. Der Einspruch wird mittels Zustellung eines Anwaltsacts erhoben. Die Einspruchsverhandlung findet den Grundprincipien des Verfahrens entsprechend in öffentlicher Sitzung statt, sie ist eine contradictorische Verhandlung (falls der geladene Implorat natürlich erscheint), die darauf ergehende Entscheidung ein Urtheil (nicht ein bloses Erkenntniß). Daß die Betheiligten hiebei gehört werden müssen, ergiebt sich insbesondere aus dem vom Gesetze gewählten Ausdrucke „zu verhandeln" [20]).

Von selbst versteht sich, daß der einsprucherhebende Anwalt sofort nach Erhebung des Einspruchs mittels Gesuchs vom Senatsvorstande die betreffende Sitzung zur Verhandlung anberaumen und den Gegner in diese Sitzung vorladen lassen muß. Deshalb sagt das Gesetz „über welche in einer sofort anzuberaumenden Sitzung ohne weiteres Vorverfahren zu verhandeln ist." Es vermeidet dabei die Verweisung auf das abgekürzte Verfahren; denn eine solche Verweisung passt auf den hier gegebenen Fall nicht, da das abgekürzte Verfahren nur unter bestimmten Voraussetzungen da Platz greift, wo abgesehen von diesen Voraussetzungen im gewöhnlichen Verfahren verhandelt werden müßte. Ein solcher Fall ist aber der in Artikel 174 Abs. 2 getroffene nicht [21]). Was endlich

c) das auf den Einspruch ergehende Urtheil betrifft, so ist dagegen nach allgemeinen Grundsätzen Berufung nicht zulässig, da es sich um kein Endurtheil handelt. Insoferne aber darin auf eine Geldstrafe mit erkannt ist, so steht dem Verurtheilten nach Maßgabe des Artikel 738 Ziff. 2 bezw. der Advocaten-Ordnung Beschwerde zu [22]).

## III. Hauptstück.

# Hinterlegung der Anträge.

## I. Capitel.

## Anmeldung der Sache bei Gericht.

### §. 300.

Im regulär-ordentlichen Anwaltsproceß erfolgt die Klagserhebung wie der vorbereitende Schriftenwechsel ohne jede Angehung oder Dazwischenkunft des Gerichts. Dieses hat von den in parteilicher Instruction begriffenen Sachen eine officielle Kenntniß nicht. Ihm ist weder über Klagserhebungen noch über schwebende Instructionssachen Mittheilung zu ma-

20) Abg. Ref. III, 28; R. Ref. II, 87.
21) Abg. Prot. IV, 37—38.
22) Abg. Prot. I, 284.

chen. Proceßeinleitung unter den Parteien. Parteiliche Proceßinstruction.

Ist eine Sache unter den Parteien durch schriftliche Vorbereitung genügend bereift, so erübrigt deren mündliche Verhandlung und Aburtheilung bei Gericht. Auch die Herbeiführung dieser ist lediglich Sache der Parteien. Die hiefür erforderliche Parteithätigkeit wurde oben als die Proceßeinleitung vor Gericht bezeichnet [1]). Sie umfasst zwei Haupthandlungen:

I. Die Anmeldung der Sache bei Gericht zum Zweck ihrer Verhandlung und endlichen Aburtheilung,

II. die Hinterlegung der Parteianträge bei Gericht und die Anberaumung der Verhandlung durch dieses.

Die Verhandlung der Sache schließt sich nämlich nicht unmittelbar an deren Anmeldung an. Jener vorgängig findet eine eigene Tagfahrt statt (Hinterlegungstagfahrt)

1) zu dem Zweck, von den Parteien vor Gericht constatiren zu lassen, daß und worüber sie streiten. Litiscontestatio [2]).

Dies geschieht, indem jede Partei zunächst ihre Gesuche, wie sie sich nach deren motivirtem Antrag mit den allenfalls nöthig befundenen Aenderungen und Zusätzen gestaltet haben, verliest und eine Abschrift hievon sowie von der zur Motivirung beigegebenen Entwicklung des Sachverhalts an den Vorsitzenden für das Gericht übergiebt [3]). Hinterlegung der Anträge.

2) Die Aufgabe des Gerichts bei dieser ersten Tagfahrt besteht darin, sofort anschließend [4]) an die erfolgte Hinterlegung der Anträge die Bereiftheit der Sache zur Verhandlung zu prüfen und, im Falle solche als gegeben erachtet wird, zur Verhandlung über das durch die parteiliche litiscontestatio constatirte Streitverhältniß durch mündliche Geltendmachung der Thatsachen, Beweise und Rechtsausführungen (Motivirung) Tagfahrt anzuberaumen. Fixation der Verhandlung.

Die Trennung der Hinterlegung und Verhandlung und ihre Vertheilung auf zwei Tagfahrten fördert den Geschäftsgang der Gerichte wie die Raschheit der Sacherledigung.

Wäre für Hinterlegung und Verhandlung dieselbe Tagfahrt bestimmt, so würden oft Vertagungen unvermeidlich, sei es weil ein Anwalt ohne eigene Schuld noch nicht vollständig informirt ist [5]), sei es weil sonstige Hindernisse der sofortigen Verhandlung in den Weg treten, z. B. wenn zuviele Verhandlungen auf einmal angefallen sind. Hinwieder fallen aus

---

1) Den bezüglichen Bestimmungen der bayerischen Pr. O. (Artikel 234—239) liegen die Vorschriften des französ. Decrets vom 30. März 1808 zu Grund.

2) Ueber die Hinterlegung der Anträge als litiscontestatio vgl. §. 306.

3) Artikel 241 Absatz 3 Pr. O.

4) So daß also nicht etwa eine eigene Tagfahrt für die Hinterlegung der Anträge und wieder eine andere lediglich für die Anberaumung der Verhandlung stattzufinden hätte. Abg. Prot. II, 19.

5) Allerdings ist Grundsatz, auf die einseitige Angabe eines Anwalts schlechthin ohne Einwilligung des Gegners keine Vertagung zu bewilligen, wenn nicht die Unmöglichkeit rechtzeitiger Informationsertheilung bescheinigt ist. Letztere würde aber doch in nicht seltenen Fällen sofort ersichtlich sein. Abg. Prot. II, 116.

mancherlei Gründen einzelne zur Verhandlung kommende Processe aus, so daß Lücken zwischen mehreren zu verhandelnden Sachen entstehen müßten, welche die Zeit des Gerichts nutzlos verzehren und den geregelten Gang der gerichtlichen Geschäfte lähmen würden.

Wird dagegen die Verhandlungstagfahrt besonders und auf später anberaumt, so werden diese Uebelstände großentheils vermieden. Zugleich ist möglich, die betheiligten Anwälte über die ihnen gelegene Zeit, die muthmaßliche Dauer der Verhandlung mündlich zu hören, nicht minder von den sonst in der Sitzung anwesenden Anwälten über die Dauer anderer Verhandlungen ꝛc. Aufschlüsse zu erholen und so mit hoher Wahrscheinlichkeit eine sichere Fixirung der Verhandlung, eine sachgemäße Vertheilung der gerichtlichen Geschäfte, einen geregelten Gang des Verfahrens zu erzielen und nachtheilige Vertagungen, Ueberfüllung wie Ausfall von Sitzungen, überhaupt Störungen der gerichtlichen Thätigkeit hintanzuhalten.

Auch das Gericht hat inzwischen Gelegenheit, sich mit der Sache bekannt zu machen und ist in den Stand gesetzt, Vertagungen der Urtheilspublication zu vermeiden.

Die vermehrten Kosten, welche die doppelte Tagfahrt veranlasst, gleichen sich durch die Localisirung der Anwaltschaft aus [6]).

## §. 301 [1]).

I. Sachen, in welchen für den Beklagten kein Anwalt bestellt wurde, können vom klägerischen Anwalt nach Ablauf der Erscheinungsfrist sofort

---

6) Vgl Abg. Ref. II, 97—98; Abg. Prot. II, 14—20, 29.

1) Quellen zu Artikel 234 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 93—94, 95—96.
Abg. Prot. II, 6, 12—13, 14—20, 21, 23—24, 25, 104, 110, 112, 117, 118, 140, 450.
R. Ref. I, 8.
R. Prot. II, 24.
Quellen zu Artikel 235 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 93—94, 95—96; III, 34.
Abg. Prot. II, 21, 25—26, 112, 117, 118, 140—141, 450; IV, 70, 95, 98, 99, 122.
R. Ref. I, 8; II, 107.
R. Prot. II, 24; IV, 34.
Quellen zu Artikel 236 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 93 - 94, 95—96.
Abg. Prot. II, 6, 12—13, 20, 23—24, 25, 26, 117, 118, 141.
R. Ref. I, 8.
R. Prot. II, 24.
Quellen zu Artikel 255 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 36.
Abg. Prot. II, 23, 39, 122, 143; IV, 73.
R. Ref. I, 10; II, 112—113.
R. Prot. II, 34—37; IV, 35.
Quellen zu Artikel 258 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 22, 23, 123.
R. Ref. I, 10.
R. Prot. II, 38.
Verordnung vom 16 Juni 1870, die Dienstesvorschriften über die innere Einrichtung der Gerichtsschreibereien betr., J. M. Bl. S. 225 ff.

zur Sitzung angemeldet werden[2]). Hievon das Nähere bei der Lehre vom Ungehorsamsverfahren.

Sachen, in welchen für den Beklagten ein Anwalt bestellt wurde (contradictorische Sachen)[3]), dürfen

1) nach Zustellung des motivirten Antrags des Beklagten oder Ablauf der dafür bestimmten Frist, dann aber von jeder Partei zur Sitzung angemeldet werden[4]).

Unter allen Umständen muß die Zustellung des erwähnten Antrags, eventuell der Ablauf der Frist dafür abgewartet werden[5]). Der Beklagte kann auch dann, wenn er eine Beantwortung der Klageschrift durch einen motivirten Antrag seinerseits für unnöthig erachtet, nicht letzteres unterlassen und statt dessen sofort die Sache anmelden. Entweder muß er seinen motivirten Antrag mittheilen oder die ihm hiefür laufende Frist erst zu Ende gehen lassen. Der Schriftenwechsel ist nach der bayerischen Proceßordnung obligatorisch[6]). Der Proceßgang wird hiedurch nicht verzögert. Will die zur Mittheilung eines Schriftsatzes verpflichtete Partei sofort anmelden, so kann sie Zustellung und Anmeldung zugleich bewerkstelligen.

Hat der Beklagte einen auf privilegirte Proceßeinreden beschränkten Antrag zustellen lassen, so darf unmittelbar hierauf angemeldet werden[7]).

2) Sachen, welche von dem zur Aufnahme der Anmeldungen bestimmten Hauptverzeichnisse[8]) gestrichen wurden, können zu jeder Zeit zur Eintragung wieder angemeldet werden. Sie sind wie neueingetragene zu behandeln d. h. es findet in Beziehung auf sie die Hinterlegung der Anträge rc. neuerlich statt.

Doch bedarf es einer Zustellung motivirter Anträge nicht mehr[9]), wenn diese früher schon stattgefunden hat.

Von der wiederholten Anmeldung gestrichener Sachen zum Hauptverzeichniß ist eine andere wiederholte Anmeldung zu unterscheiden, nämlich diejenige Anmeldung, welche (z. B. in den Fällen der Artikel 243 Abs. 2 und Artikel 250 Abs. 4) zur Wochentabelle (Anschlagstabelle, rôle d'affiche im Gegensatz zum Hauptverzeichniß, rôle géneral) stattzufinden hat.

Allerdings können die Bestimmungen der Artikel 234 und 235 von den Anwälten zur Verzögerung der Processe und Gefährdung parteilicher Interessen mißbraucht werden. Deshalb gab hiegegen der Regierungsentwurf im Artikel 229 eine schützende Bestimmung dahin: „das Gericht hat darüber zu wachen, daß die anhängigen

---

Verordnung vom 16. Juni 1870, den Vollzug des Artikel 121 des Einf. Ges. z. Pr. O. betr., J. M. Bl. S. 289 ff.

2) Artikel 228 Pr. O.

3) In den Artikeln 228 und 234 der Pr. O. sind die Bestimmungen über die Zeit und die Voraussetzungen der Anmeldung zusammengestellt. Abg. Prot. II, 23.

4) Artikel 234 Pr. O.

5) Abg. Prot. II, 110. Vgl. Artikel 243 Absatz 2 Pr. O.

6) Vgl §. 287 und bezüglich des preuß. Entwurfs insbesondere die dortige Anmerkung 6.

7) Abg. Prot. II, 110.

8) Vgl. Ziffer 2.

9) Artikel 255 Pr. O. Vgl. §. 293 Anmerkung 6.

Processe von den aufgestellten Anwälten möglichst gefördert und mit der nach der Sachlage thunlichen Beschleunigung zu Ende geführt werden. Zu diesem Ende kann bei wahrgenommenen Verzögerungen der Gerichtsvorstand von den Anwälten Erklärungen über den Grund der Verzögerung und den Stand der Sache erheben und je nach dem Ergebnisse die im Interesse der Partei dienlich erscheinenden Maßnahmen im Bereiche seiner Zuständigkeit vorkehren." Der Reichsrathsausschuß fügte in I. Lesung dem Artikel 255 (32, VI) einen zweiten Absatz bei des Inhalts: „das Gericht kann, wenn es die Streichung einer Sache von dem Hauptverzeichniß anordnet, zugleich verfügen, daß die Wiederanmeldung auf Kosten des säumigen Anwaltes oder der säumigen Partei erfolge." Allein der Abgeordneten-Ausschuß gieng auf keine dieser Bestimmungen ein und der Reichsrathsausschuß stand gleichfalls davon ab, indem man von der Erwägung geleitet wurde, daß die Bestimmungen des Regierungsentwurfs in Artikel 229 theils selbstverständlich seien, theils vom disciplinären Standpuncte in die Anwaltsordnung gehören, sowie daß gegen Mißbräuche des Artikel 255 gleichfalls strenge Disciplinarstrafen in der Anwaltsordnung vorzukehren seien, im Uebrigen aber die allgemeinen Bestimmungen über Kostentragung (Hpst. IV) mitschützen, es endlich bei dem reichsräthlichen Zusatz zu Artikel 255 in einzelnen Fällen noch ungewiß bleiben könnte, wer der säumige Theil ist, beispielsweise, wenn gar kein Anwalt erscheint und die Sache deshalb gestrichen werden muß [10]).

II. Zum Zweck der Aufnahme der Anmeldungen wird bei dem Gerichte ein Verzeichniß gehalten, welches den Namen **Hauptverzeichniß**, rôle génerale, führt. Vgl. §. 264. Neben der Bestimmung, die Einträge über die zur Sitzung angemeldeten Sachen aufzunehmen, hat das Hauptverzeichniß auch den Zweck, die Grundlage der ganzen Registraturordnung für Proceßsachen [11]) zu bilden, weshalb künftig die meisten Bestimmungen über Registraturordnung diesseits des Rheins wegfallen [12]). Die Führung des Hauptverzeichnisses hat genau nach Formular I der Verordnung vom 16. Juni 1870, die Dienstesvorschriften für die innere Einrichtung der Gerichtsschreibereien betreffend, zu geschehen und liegt dem Gerichtsschreiber unter allgemeiner Leitung und Aufsicht des Gerichtsvorstandes ob [13]).

Alle gemäß den unter Ziffer I erläuterten Bestimmungen gehörig (Artikel 235) angemeldeten Sachen sind unverzüglich **nach der Reihenfolge der Anmeldung** einzutragen [14]). Der Eintrag hat folgende Angaben zu enthalten:

1) Die Ordnungsnumer zur Fixirung der Reihenfolge.
2) Das Datum der Anmeldung [15]).

10) Abg. Ref. II, 102; Abg. Prot. II, 40; R. Ref. II, 113; R. Prot. II, 36.
11) Gleichviel ob diese im regulären oder abgekürzten Anwaltsproceß zu verhandeln sind. Einfache Vorstellungen werden nicht in das Hauptverzeichniß eingetragen. Artikel 652 Pr. O.
12) Abg. Prot. II, 23—24. Vgl. §. 264.
13) Artikel 130 Einf. Ges. z. Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 25—26.
14) Artikel 236 Pr. O.
15) Bei den Berathungen wollte hievon abgesehen werden. Abg. Prot. II, 117.

3) Vor- und Zunamen, Stand oder Gewerbe und Wohn- oder Aufenthaltsort der Parteien.
4) Die Namen der aufgestellten Anwälte. Der Name des Anwalts der betreibenden Partei ist zu unterstreichen. Sind zwei Advocaten gleichen Zunamens am Gerichtssitze, so muß auch der betreffende Vorname angegeben werden.
5) Das Datum der Zustellung der Klage.
6) Den Streitgegenstand.
7) Ist der Fall des Artikel 232 der Proceßordnung gegeben (Beschränkung auf privilegirte Einreden), so ist dieses besonders zu bemerken (Rubrik „Bemerkungen"), weil der Tag des ersten Aufrufs der Sache in diesem Falle abweichend von der Regel zu berechnen ist.
8) Befinden sich an einem Bezirksgericht mehrere ständige Civilsenate, so muß in der betreffenden Spalte der Senat, dem die Sache zugetheilt wurde, vom Gerichtsvorstand unter Beifügung seines Namenszugs mit römischen Ziffern angegeben werden. Wurde in Gemäßheit des §. 6 Ziff. 1 der Verordnung vom 16. Juni 1870, den Vollzug des Artikel 121 des Einführungsgesetzes zur Proceßordnung betreffend, eine Sache einem anderen als dem regelmäßigen Senate zugetheilt, so ist hievon überdies in der Rubrik „Bemerkungen" Erwähnung zu thun [16]).

Daß der Gerichtsvorstand und nicht das Gericht die Repartition der Sachen an die verschiedenen Senate vornimmt, erklärt sich daraus, daß die Zutheilung schon nach Eintrag der Sachen in das Hauptverzeichniß [17]) zu geschehen hat, also zu einer Zeit, wo das Gericht noch nicht damit befasst ist. Die Zutheilung ist reines Präsidialgeschäft. Nach der Repartition ist in jedem Senate selbständig weiter zu verfahren d. h. gerade so wie an jenen Gerichten, die nur einen Civilsenat haben [18]).

Hienach ist die Anmeldung einzurichten; sie hat sich namentlich auf die unter Ziff. 3—7 bezeichneten Angaben zu erstrecken, soll sich übrigens auch hierauf beschränken [19]).

Aus der Bestimmung des Hauptverzeichnisses als Grundlage der gerichtlichen Registratur ergiebt sich endlich die Nothwendigkeit weiterer Vormerkungen in dasselbe während des Verlaufs der anhängigen Sache über deren jeweiligen Stand. Hienach sind in eine besondere Spalte jeweils Datum und Numer der stattgehabten gerichtlichen Verhandlungen und ergangenen Urtheile z. B. auf Beweis, Eid, endliche Entscheidung, Streichung der Sache 2c. aufzunehmen [20]).

III. Für Sachen, welche in das Hauptverzeichniß einmal eingetragen sind, bleiben die Wirkungen des Eintrags bestehen, bis sie vollständig erledigt oder, auch wenn dies nicht geschehen, in den vom Gesetze be-

16) Artikel 235 Absatz 1, 2 und 5, Artikel 258 Pr. O.; Verordnung vom 16. Juni 1870, die Dienstesvorschriften 2c., Formular I; Verordnung vom 16. Juni 1870, den Vollzug des Artikel 121 des Einf. Ges. 2c. betr. §§. 3, 6, 9.
17) Abg. Prot. II, 32.
18) Abg. Prot. II, 32—33.
19) Abg. Prot. II, 25—26.
20) Formular I zur V. O. vom 16. Juni 1870 2c.

stimmten Fällen auf Grund gerichtlicher Verfügung wieder förmlich gestrichen sind [21]).

Erhält das Gericht Kenntniß von der vollständigen Erledigung der Sache z. B. durch Vergleich, Abstand 2c., so hat es die Vormerkung dieser Erledigung (nicht die Streichung) zu verfügen. Das Gericht kann sich nach Jahresschluß über die etwaigen definitiven Erledigungen von bisher liegen gebliebenen (d. i. von den Anwälten nicht weiter betriebenen) Sachen durch Befragung Kenntniß verschaffen und dann die Erledigung vormerken lassen, um das Hauptverzeichniß zu bereinigen.

Ist eine Sache vom Hauptverzeichniß gestrichen, so ist die Folge, daß sie, wo ein Weiterbetrieb gleichwohl veranlasst ist, nur durch Neuanmeldung zum Hauptverzeichniß wieder in Gang gesetzt werden kann [22]).

Zum Weiterbetrieb einer nicht vollständig erledigten und auch nicht gestrichenen Sache aber bedarf es nicht des Wiedereintrags in's Hauptverzeichniß, sondern nur der Anmeldung zur Wochentabelle [23]). Im Hauptverzeichniß behält sie die ursprüngliche Numer, was für die Reihenfolge des Aufrufs von Bedeutung ist [24]). So bleibt der Eintrag des Hauptverzeichnisses in Kraft selbst im Falle eines die definitive Entscheidung enthaltenden Versäumungsurtheils, wenn Einspruch erhoben wird [25]), desgleichen wenn nach stattgehabter Beweisaufnahme [26]), nach Verwerfung einer Berufung und in ähnlichen Fällen [27]) die weitere endliche Aburtheilung herbeigeführt werden will.

## §. 302 [1]).

Ist eine Sache bei Gericht angemeldet [2]), so handelt es sich zunächst um die Festsetzung der Hinterlegungstagfahrt [3]) für dieselbe.

Diese erfolgt nicht durch besondere Verfügung des Gerichts oder Gerichtsvorstandes speciell für jede einzelne Sache (Tagfahrtsanberaumung). Vielmehr tritt die Hinterlegungstagfahrt unter Ausschluß jedes willkürlichen und wechselnden Ermessens der Gerichte nach einer bestimmten gesetz-

21) Vgl. Artikel 281, 293 Pr. O.
22) Artikel 255 Pr. O.
23) Vgl. §. 302.
24) Vgl. §. 304.
25) Artikel 313 Pr. O.
26) Artikel 344 Absatz 2 Pr. O.
27) Artikel 256 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 237 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 96—98; III, 34.
Abg. Prot. II, 14—20, 21, 27—28, 112, 117—118, 141; IV, 70, 122.
R. Ref. I, 8; II, 107.
R. Prot. II, 24; IV, 34.
Quellen zu Artikel 238 Pr. O.
Abg. Prot. II, 22, 32—33, 118, 141.
R. Ref. I, 8.
R. Prot. II, 24.
Verordnung vom 16. Juni 1870, die Dienstesvorschriften für die innere Einrichtung der Gerichtsschr. betr.

2) Vgl. §. 301.
3) Vgl. §. 300.

lichen Regel von selbst ein [4]). System des Rollenauftrags im Gegensatz zur deutschrechtlichen Tagfahrtsanberaumung [5]).

Alle Sachen ersten Aufrufs (Hinterlegungssachen) werden nämlich in den auf die allgemeinen Gerichtstage fallenden Sitzungen [6]) erledigt. Welcher allgemeine Gerichtstag für die einzelne zum Hauptverzeichniß angemeldete Sache der Hinterlegungstag sei, bestimmt sich durch den Uebertrag derselben aus dem Hauptverzeichniß in die sg. Wochentabelle und die Anheftung der letzteren im Sitzungssaal und auf der Gerichtsschreiberei (affiche).

I. Die Wochentabelle [7]).

Die Wochentabelle ist jenes fliegende Verzeichniß, in welches bei jedem Bezirksgericht ꝛc. alle Hinterlegungs- oder Sachen ersten Aufrufs aus dem Hauptverzeichniß für die je letztverflossene Woche aufgenommen werden.

1) In die Wochentabelle sind am Schluß jeder Woche einzutragen:

a) Alle im Laufe derselben in das Hauptverzeichniß angemeldeten und aufgenommenen Sachen, in welchen für den Beklagten ein Anwalt bestellt ist [8]). Neue Sachen.

b) Jene älteren d. i. in das Hauptverzeichniß früher schon eingetragenen und von demselben nicht wieder gestrichenen Sachen, deren Lauf durch ein Zwischenurtheil, wodurch nicht zugleich eine Sitzung zur weiteren Verhandlung anberaumt wurde [9]), oder in sonstiger Weise unterbrochen war, wenn eine Partei dem Gerichtsschreiber die Absicht, sie wieder zu betreiben, erklärt [10]).

Die Erklärung kann einfach mündlich an den Gerichtsschreiber erfolgen, der sodann die Sache auf die Tabelle einträgt [11]). Hat das Vorverfahren in der Hauptsache erst nach Erledigung eines Präjudicial- oder Zwischenpunctes stattzufinden, so kann die Anmeldung zur Wochentabelle (Artikel 237 Abs. 2) erst geschehen, nachdem der Beklagte seinen motivirten Antrag hat zustellen lassen oder von der ihm auf Betreiben des Klägers zugestellten Aufforderung, diese Zustellung zu bewerkstelligen, fünfzehn Tage verstrichen sind [12]).

---

4) Vgl. Abg. Prot. II, 15, 19, 27.

5) Vgl. Anwaltszeitschrift III, 88, 221, 226. Für das System des Rollenauftrags spricht die Erwägung, daß sich die Anwälte leichter nach dem Gerichte richten können als umgekehrt, daß sich nicht zum Voraus bemessen läßt, zu welcher Stunde eine weitere Sache vorgenommen werden kann, daß es sich endlich mit dem Ungehorsam in Civilsachen ganz anders verhält wie im Strafverfahren.

6) Vgl. §. 270 Ziffer I, 1 lit. a.

7) Vgl. §. 264 Ziffer II, lit. A Nr. 1.
Der Ausdruck „Wochentabelle" ist ein terminus technicus der Proceßordnung. Abg. Pr. II, 118. Wie sich dieses Verzeichniß von den sonst bei den Bezirksgerichten ꝛc. zu führenden Verzeichnissen unterscheidet, ist aus §. 264 ersichtlich.

8) Artikel 237 Absatz 1 Pr. O. Sachen, in welchen für den Beklagten kein Anwalt aufgestellt ist, brauchen in die Wochentabelle nicht aufgenommen zu werden. Vgl V. O. v. 16. Juni 1870, die Dienstesvorschriften ꝛc. betr., Formular II.

9) Z. B. Sachen, deren Weiterbetrieb durch eine Berufung, einen Incidentstreit aufgehalten war, welche Berufung ꝛc. aber nun erledigt ist.

10) Artikel 237 Absatz 2 Pr. O.

11) Abg. Prot. II, 27.

12) Artikel 256 Pr. O. Vgl. §. 294.

Dies ist der modus, wie Sachen wieder in Gang gebracht werden können, die bisher beruht haben [13]).

Zu den Sachen, die „in solcher Weise" unterbrochen waren, gehören namentlich früher vertagte Hinterlegungssachen (Artikel 243 Absatz 2) und diejenigen ursprünglichen Ungehorsamssachen, in denen noch vor Verkündung des Versäumungsurtheils ein Anwalt für den Beklagten in der Sitzung aufgetreten ist und deshalb Schriftenwechsel nachträglich angeordnet wurde. (Artikel 250 Abs. 4.)

2) Die Wochentabelle wird vom Gerichtsschreiber angefertigt [14]).

Die Anfertigung erfolgt an jedem letzten Wochentage.

In der Wochentabelle müssen angegeben werden:

a) Der Tag, an welchem die Sache gemäß ihrer Anmeldung in Verbindung mit den sonstigen gesetzlichen Vorschriften zum Aufrufe zu kommen hat. Irrthümer in der Berechnung können auf Anregung der betreffenden Anwälte von kurzer Hand berichtigt werden.

b) Die Namen der Parteien und ihrer Anwälte.

Der betreibende Theil ist durch Unterstreichung des Namens seines Anwaltes zu kennzeichnen [15]).

c) Die Ordnungszahl, unter welcher die Sache in das Hauptverzeichniß eingetragen ist. Auch hat der Gerichtschreiber

d) den Tag der Anheftung der Tabelle [16]) auf dieser unter Beifügung

e) seiner Unterschrift zu bemerken [17]), weil dieser Tag den Tag des ersten Aufrufs bestimmt.

Es ist gestattet, die Tabelle in zwei Abtheilungen aufzustellen, wonach dann die I. Abtheilung die Sachen zu enthalten hat, welche nach Ablauf von sechs, und die II. Abtheilung diejenigen, welche nach Ablauf von fünfzehn Tagen zum Aufrufe kommen. Artikel 237 Abs. 5 Proceßordnung [18]).

Sind bei Gerichten mit mehreren ständigen Civilsenaten vom Gerichtsvorstande die in das Hauptverzeichniß eingetragenen contradictorischen [19]) Sachen den einzelnen Senaten zugetheilt und nach Maßgabe dessen vom Gerichtschreiber in die betreffenden Senatsverzeichnisse (Repartitionsbücher) übertragen [20]): so ist auf Grund dieser Senatsverzeichnisse auch die Wochentabelle für jeden Senat getrennt anzufertigen [21]). Diese Wochentabellen vertreten die Stelle der außerdem über alle in das Hauptverzeichniß einge-

13) Abg. Prot. II, 27.
14) Artikel 237 Absatz 1 Pr. O. Alleg. V. O. Artikel 5 Ziffer 2.
15) Alleg. V. O. Formular II.
16) Sieh' Ziffer II.
17) Artikel 237 Ziffer 6 und 7.
18) Alleg. V. O. Formular II. Vgl. Bd. I S. 744.
19) Scil. „in welchen für den Beklagten ein Anwalt aufgestellt ist."
Sachen, in welchen für den Beklagten kein Anwalt aufgestellt ist, werden nachträglich in das Verzeichniß jenes Senates aufgenommen, in welchem der klägerische Anwalt Contumacialurtheil nehmen zu wollen erklärt.
20) Vgl. §. 264 Ziffer I.
21) Artikel 238 Pr. O. Formular I der alleg. V. O. Vgl. Bd. I S. 744—745. Die zu diesem Formular gegebenen Vollzugsvorschriften dürfen bei den Worten

tragenen Sachen anzufertigenden Gesammtwochentabelle, welche jetzt hinwegfällt.

II. Anschlag der Wochentabelle. Fixation der Hinterlegungstagfahrt.

1) Die Wochentabelle ist am Tage ihrer Anfertigung in dem Sitzungssaale und auf der Gerichtsschreiberei auf solange anzuheften, bis die darin vorgetragenen Sachen zum Aufruf in der Sitzung gekommen sind [22]. Dies kann sich möglicherweise über einen Zeitraum von drei Wochen erstrecken.

Dasselbe gilt von den besonderen Wochentabellen, wenn sich an einem Gericht mehrere ständige Civilsenate befinden [23].

Hienach bestimmt sich

2) die Hinterlegungstagfahrt.

Der Aufruf von jeder Sache zur Hinterlegung der Anträge hat in der Sitzung jenes allgemeinen Gerichtstags zu erfolgen, welcher in den Fällen des Artikel 232 nach Umfluß von sechs und in den übrigen Fällen nach Umfluß von 15 Tagen seit Anheftung der Wochentabelle der nächstkommende allgemeine Gerichtstag ist [24].

Z. B. durch reglementäre Anordnung des Gerichtsvorstands ist der Dienstag für Senat I und der Mittwoch für Senat II als allgemeiner (Hinterlegungs- oder Aufrufs-) Gerichtstag für das laufende Geschäftsjahr bezeichnet. Anwalt A hat eine Sache am Samstag den 1. April zum Hauptverzeichniß angemeldet. Sie muß folglich noch in die an diesem Samstag zu fertigende und anzuheftende Wochentabelle eingetragen werden und der Tag ihrer Anheftung ist derselbe 1. April. Demgemäß ist der Sitzungstag zum ersten Aufruf Dienstag der 18. April, wenn sie dem Senat I, und Mittwoch der 19. April, wenn sie dem Senat II zugetheilt war. Ist ein Fall des Artikel 232 gegeben, so ist der Aufrufstag Dienstag der 11. April im Senat I und Mittwoch der 12. April im Senat II.

Das Intermedium von 15 Tagen und bei den letzterwähnten Sachen von sechs Tagen, welches zwischen der Anheftung der Tabelle und dem Aufrufstag voll in Mitte liegen muß, ist in Ansehung seiner Dauer nicht willkürlich gewählt, sondern es steht diese Bestimmung in genauem Zusammenhang mit den Vorschriften über die spätestens innerhalb dreier Tage nach der Anheftung zu bewirkende Ladung des Gegners zur Sitzung und die spätestens drei Tage vor dieser Sitzung zu bewerkstelligende Zustellung des motivirten Schlußantrags [25], sichert sonach eine angemessene Zeit, welche dem Kläger für Bearbeitung seines motivirten Antrags bleiben soll, und gibt

---

„für den II, III Senat"

und

„auch die Wochentabelle für die weiteren Senate zu fertigen"

nicht dahin mißverstanden werden, als ob für den Senat I kein besonderes Verzeichniß anzulegen sei, woraus die Wochentabelle genommen wird.

22) Artikel 237 Absatz 3 Pr. O.

23) Artikel 238 Pr. O.

24) Artikel 237 Absatz 5 Pr. O.

25) Abg. Prot. II, 27.

überhaupt beiden Parteien Raum für etwaige weitere Information, Beweismittelauffindung und nachträgliche Anträge.

Auf eine bestimmte Stunde ist die Hinterlegungstagfahrt durch die Proceßordnung nicht gestellt. Demgemäß steht es dem betreibenden Theil im Allgemeinen frei, die Tageszeit in der Ladung näher zu bestimmen. Vgl. §. 303.

## II. Capitel.

## Die Hinterlegungstagfahrt.

### §. 303.[1])

I. Eine Ladung der Parteien zur Hinterlegungstagfahrt findet von Seite des Gerichtes nicht statt. Auch wird die Tagfahrt in anderer Weise als durch Anheftung der Wochentabelle nicht veröffentlicht[2]).

Eine besondere Benachrichtigung oder Ladung ist in Ansehung der betreibenden Partei kein Bedürfniß. Sie selbst hat die Sache angemeldet, hiemit die affiche veranlasst und eben hiedurch den Tag der Hinterlegungstagfahrt fixirt. Der anmeldende Theil muß hienach wissen, auf welchen Tag die Hinterlegung fällt. Ueberdies muß in der angehefteten Wochentabelle[3]) der Hinterlegungstag für jede einzelne Sache noch speciell bezeichnet sein[4]). Diese Bezeichnung vertritt die Stelle einer besonderen Ladung des betreibenden Theils zur Hinterlegungstagfahrt. Der betreibende Anwalt thut gut, wenn er jeden Samstag Abend die neuangeheftete Wochentabelle controliren läßt.

Anders in Ansehung der Gegenpartei[5]). Als Aufforderung zum Erscheinen für den Gegner reicht die affiche nicht hin. Man kann dem Gegenanwalte des Anmeldenden nicht zumuthen, fortwährend die Anschlagstabelle zu controliren. Naturgemäß trifft die Pflicht der Ladung des Gegenanwalts in Ermangelung einer solchen von Seite des Gerichts den Anmeldenden als betreibenden Theil[6]).

Folgerecht bestimmt das Gesetz auf den Fall, wenn die Hinterlegungstagfahrt durch die Wochentabelle bestimmt wird:

„Spätestens innerhalb drei Tagen, nachdem durch Anheftung

1) Quellen zu Artikel 239 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 34.
Abg. Prot. II, 21, 28, 118, 119, 141; IV, 70. 122.
R. Ref. I, 8—9.
R. Prot. II, 24.
Quellen zu Artikel 252 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 23, 39, 121—122, 143, 450.
R. Ref. I, 10.
R. Prot. II, 34.

2) Abg. Prot. II, 27.

3) Artikel 237 Absatz 6 Pr. O.

4) Abg. Prot. II, 27.

5) Wo die Anwaltsbestellung des Beklagten unterblieb, kann von keiner Vorladung desselben mehr die Rede sein. Dieser Fall gehört aber nicht hieher.

6) Abg. Prot. II, 19, 20.

„der Wochentabelle der Sitzungstag bestimmt ist, hat in den „darin vorgetragenen Sachen der Anwalt des betreibenden „Theils dem Gegenanwalte die Aufforderung zum Erscheinen in „der Sitzung zustellen zu lassen." [7])

Diese Ladung muß natürlich den Tag des Erscheinens nach Inhalt der Wochentabelle speciell bezeichnen, braucht aber den Zweck des Erscheinens nur im Allgemeinen (zur Hinterlegung der Anträge) anzugeben. Es ist nicht erforderlich, die einzelnen Handlungen, welche überhaupt oder eventuell vorgenommen werden sollen, noch auch das im Falle Nichterscheinens drohende Präjudiz in der Ladung zu bezeichnen. Denn „erscheinen" heißt nicht blos „sich persönlich zeigen" sondern „handeln nach dem Zwecke der Tagfahrt." Der Gegenanwalt ist geladen zur Vornahme derjenigen Handlungen, welche nach dem Gesetze vorzunehmen sind. Für die Regel ist dies die Hinterlegung der Anträge, jener Anträge, welche der Gegner in der Sitzung bezw. seinerzeitigen Verhandlung stellen will. Ausnahmsweise, nämlich in denjenigen Sachen, in welchen in der Hinterlegungstagfahrt zugleich verhandelt werden kann, umfaßt das Erscheinen auch das sofortige Verhandeln [8]). Die Ladung kann durch Gerichtsvollzieheract oder nach Artikel 205 der Proceßordnung bewerkstelligt werden.

II. Wurde die Hinterlegungstagfahrt nicht durch die Wochentabelle, sondern in einer vorausgegangenen Sitzung von Amtswegen oder auf Antrag durch (Vertagungs-) Urtheil [9]) bestimmt, so muß man unterscheiden:

1) Geschah die Tagfahrtsanberaumung in Abwesenheit eines der betheiligten Anwälte, so muß der betreibende Theil jenem Anwalte spätestens am Tage vor der anberaumten Sitzung eine Aufforderung zum Erscheinen in derselben zustellen lassen [10]).

Diese Verbindlichkeit fällt jedoch weg, wenn die Hinterlegungsverhandlung wegen Mangel an Zeit verlegt d. h. wenn sie wegen anderer dringenderer Sachen, welche die Sitzungszeit ausfüllen, z. B. vom Vor- auf den Nachmittag oder nächsten Tag verschoben wurde.

Die Frist von einem Tag ist ausreichend, weil es sich nicht um eine dem Gegner völlig neue Sache handelt [11]) und eine wiederholte Versäumung vorausgesetzt wird.

2) Ist die Hinterlegungstagfahrt in einer Sitzung in Gegenwart aller betheiligten Anwälte oder ihrer Substituten bestimmt d. i. verkündet [12]) worden, so ist eine besondere Aufforderung des betreibenden Theils an den Gegenanwalt, in dieser Tagfahrt zu dem erwähnten Zwecke zu erscheinen, nicht erforderlich.

III. Im Falle der Ziff. II steht es beim Gericht auch eine bestimmte Stunde zu fixiren, zu welcher die Hinterlegung stattfinden soll. Danach,

---

7) Artikel 239 Pr. O.

8) Abg. Prot. II, 28. Gerade so in dem Falle, wenn nach Artikel 259 zum Erscheinen behufs sofortiger Verhandlung in die Sitzung geladen wird. Hier umfasst das Erscheinen die Uebergabe der zu stellenden Anträge und die mündliche Verhandlung.

9) Vgl. §. 304.

10) Artikel 252 Pr. O.

11) Abg. Prot. II, 121—122.

12) Artikel 208 Absatz 1 Pr. O.

ob das Gericht von dieser Befugniß Gebrauch macht oder nicht, richtet sich bei Versäumung der Tagfahrt der Eintritt der Ungehorsamsfolgen gemäß der allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes über den Ablauf der Tagfahrtszeit [13]).

Im Falle der Ziff. I handelt es sich nach dem Gesetze um eine Ladung, welche auf einen ganzen Tag lautet. Demgemäß kann mit der Hinterlegung nicht früher begonnen werden, als zu der Stunde, welche vom Gerichtsvorstand nach §. 7 der Verordnung über den Vollzug des Artikel 121 des Einführungsgesetzes zur Proceßordnung vom 16. Juni 1870 generell als Anfangszeit der Sitzungen bestimmt ist. Für den Ablauf der Tagfahrt bezw. den Eintritt der Ungehorsamsfolgen aber gilt das in §. 270 unter Ziffer II, 2 in dieser Richtung Bemerkte. Doch ist dem betreibenden Theil unbenommen, in diesem Fall die Ladung auf eine bestimmte Stunde zu stellen. Ist dies geschehen, so kömmt das in §. 270 unter Ziff. II, 1 Bemerkte zur Anwendung.

Mit Rücksicht darauf, daß für Sitzungen, in welchen Hinterlegungs- und Verhandlungssachen zusammentreffen, schon durch das Gesetz die Erstinangriffnahme der Hinterlegungssachen angeordnet ist, sowie darauf, daß es im Interesse des gerichtlichen Geschäftsgangs wie des betreibenden Anwalts liegt, die möglichst rasche Erledigung dieser zu sichern, empfiehlt sich für das Gericht (Ziff. II) wie für den betreibenden Anwalt, auf die Anfangsstunde der betreffenden Vormittagssitzung zu fixiren bezw. zu laden.

Da ferner den Directorien der Bezirksgerichte anheimgestellt ist, insoweit nicht bereits bestimmte gesetzliche oder verordnungsmäßige Anordnungen bestehen, für den inneren gerichtlichen Dienst besondere Geschäftsordnungen mit Genehmigung des Justizministeriums zu erlassen [14]): so kann auf reglementärem Wege eine bestimmte Tageszeit für die Vornahme der verschiedenen Gegenstände derselben Sitzung vorgeschrieben werden. Es dürfte sich eine Einrichtung empfehlen, wonach etwa bestimmt wird, daß in jeder Sitzung zuerst d. i. mit Beginn der Gerichtszeit die Publication vertagter Urtheile, dann zu bestimmter Stunde die Hinterlegung von Anträgen ꝛc., zuletzt die Verhandlungen, diese nach der Reihenfolge des Sitzungsverzeichnisses vorgenommen werden. Sind keine vertagten Urtheile zu publiciren, so sind die Hinterlegungssachen gleich bei Beginn der Sitzung vorzunehmen. In der Regel werden diese nur sehr kurze Zeit erfordern [15]).

Nach der Vorschrift solcher Reglements ist sich dann bei der Ladung zu richten.

IV. In analoger Anwendung des Artikel 210 der Proceßordnung gilt der betreibende Anwalt durch die Ladung des Gegners selbst vorgeladen [16]).

Wurde die vorgeschriebene Zustellung der Aufforderung zum Erscheinen in der Sitzung unterlassen, so können die Folgen verschiedene sein.

Erscheint der Gegenanwalt freiwillig, so kann zur Hinterlegung der Anträge geschritten werden, wenn er sich dazu herbeiläßt. Thut er letzteres

---

13) Vgl. §. 270.
14) §. 9 der V. O. vom 16. Juni 1870, den Vollzug des Artikel 121 des Einf. Ges. z. Pr. O. betr.
15) Abg. Prot. II, 15, 17, 20. Vgl. Artikel 240 Absatz 1 Pr. O. voce „zunächst."
16) Abg. Prot. II, 96.

nicht, so kann das Gericht die Sache auf einen spätern Tag verlegen; andernfalls muß sie neuerdings zur Wochentabelle angemeldet werden.

Bleibt der Gegenanwalt aus und tritt auch der erschienene Anwalt nicht auf, so hat dies die Streichung der Sache vom Hauptverzeichniß zur Folge.

Würde der erschienene Anwalt, obwohl er die Ladung des Gegners unterlassen hat, dennoch auftreten und ein Versäumungsurtheil erwirken wollen, so müßte die Zurückweisung seines Antrages durch das Gericht erfolgen, worauf ihm zusteht, die Sache neuerdings zur Wochentabelle anzumelden [17]).

Wurde die Ladung nicht rechtzeitig bewerkstelligt, so kann kein Versäumungsurtheil erwirkt werden [18]).

## §. 304 [1]).

I. In der Tagfahrt beginnt das Verfahren mit dem Aufrufe der Sache durch den diensthabenden Gerichtsvollzieher.

In Ansehung der Reihenfolge des Aufrufs mehrerer in derselben Tagfahrt vorzunehmenden Sachen gleicher [2]) oder verschiedener [3]) Art bestimmt das Gesetz:

„Die in Gemäßheit der Bestimmungen der Artikel 237 und „238 oder in Folge einer Vertagung zum Zweck der Hinterlegung der Anträge (Artikel 243 Absatz 1) aufzurufenden „Sachen sind nach der Reihenfolge des Hauptverzeichnisses, aber „vor jenen, in welchen in der Sitzung die Verhandlung stattfin-

---

17) Artikel 301 Absatz 3 Pr. O. Abg. Prot. II, 119.
18) Artikel 301 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 240, 241, 243 Pr. O. sieh' bei §§ 305, 294.
Quellen zu Artikel 242 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 35.
Abg. Prot. II, 22, 31, 119, 141—142; IV, 71. 76, 123.
R. Ref. I, 9. 37—40; II, 108.
R. Prot. II, 26—31' IV, 34.
Quellen zu Artikel 244 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 35.
Abg. Prot. II, 14—20, 22—23, 35—39, 120—121, 142, 450; IV, 71—72, 123.
R. Ref. I, 9; II, 108—110.
R. Prot. II, 31; IV, 34.
Quellen zu Artikel 250 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 35.
Abg. Prot. II, 14—20, 21, 22, 26, 32, 33—34, 39, 104, 113, 121, 142—143; IV, 71—72, 124.
R. Ref. I, 9; II, 110.
R. Prot. II, 31—32; IV, 35.
Quellen zu Artikel 253 Pr. O.:
Abg. Prot. II. 22, 23. 29—30, 35—39, 122, 143, 450; IV, 76, 124.
R. Ref. I. 10; II, 112.
R. Prot. II. 34; IV, 35.
2) Z. B. Hinterlegungssachen allein.
3) Z. B. Publications-, Hinterlegungs- und Verhandlungssachen.

„den soll, durch den diensthabenden Gerichtsvollzieher zum Aufruf „zu bringen." [4])

„Ueber die zur Verhandlung aufzurufenden Sachen hat „der Gerichtsschreiber für jede Sitzung ein Verzeichniß (Sitzungs„verzeichniß) herzustellen und dabei, soweit nicht der Senatsvor„stand aus dringenden Gründen anders bestimmt, die Reihenfolge „des Hauptverzeichnisses einzuhalten. Der Aufruf erfolgt durch „den dienstthuenden Gerichtsvollzieher nach der Ordnung des Sitz„ungsverzeichnisses. Eine Abweichung hievon ist nur auf Ver„fügung des Vorsitzenden und, wenn die betheiligten Anwälte „nicht zustimmen, nur wegen besonderer Umstände zulässig. In „keinem Falle darf eine Sache außer der Reihenfolge des Sitzungs„verzeichnisses aufgerufen werden, wenn nicht alle in der Sache „aufgestellten Anwälte nebst den etwa mit der mündlichen Rechts„vertheidigung beauftragten Personen anwesend sind." [4a])

„Ungehorsamssachen sind bezüglich des Aufrufs an die „Reihenfolge des Sitzungsverzeichnisses nicht gebunden." [5]).

„Bei summarischen[6]) Sachen erfolgt der Aufruf auf Anord„nung des Vorsitzenden ohne Rücksicht auf die Reihenfolge des „Hauptverzeichnisses" [7]).

An der Hand dieser für den gerichtlichen Geschäftsgang wie für die möglichste Zeitersparung der Anwälte bemessenen[8]) Bestimmungen ist die Reihenfolge des Aufrufs der Sachen an den allgemeinen Gerichtstagen folgende:

1) Zuerst werden etwa vertagte Urtheilsverkündungen vorgenommen.

2) In zweiter Reihe folgt der Aufruf jener Sachen, in welchen die Hinterlegung der Anträge stattfinden soll.

Unter sich rangiren diese Sache nach der Reihenfolge des Hauptverzeichnisses. Folglich kommen die auf einer früheren Tagfahrt in eine spätere Sitzung vertagten Hinterlegungssachen hier zuerst an die Reihe.

Befinden sich darunter Sachen, in welchen gemäß Artikel 241 Abs. 7 sofort in derselben Tagfahrt die mündliche Hauptverhandlung vorgenommen werden kann und will, — blose Streitigkeiten über proceßhindernde Einreden (Artikel 232) oder Sachen, in welchen im Wesentlichen kein Streit obwaltet (jugement convenue): so kann die Hauptverhandlung unmittelbar an den ersten Aufruf angeschlossen werden. Erfordert aber diese Verhandlung längere Zeit und würden dadurch die übrigen Hinterlegungssachen erheblich verzögert, so soll der Vorsitzende die Verhandlung erst später folgen lassen[9]).

3) In dritter Reihe folgt der Aufruf der zur mündlichen Hauptverhandlung bestimmten, nämlich

---

4) Artikel 240 Absatz 2 Pr. O.
4a) Artikel 244 Pr. O.
5) Artikel 250 Absatz 2 Pr. O.
6) Sachen des abgekürzten Anwaltsprocesses. Artikel 259—261 Pr. O.
7) Artikel 260 Ziffer 1 Pr. O.
8) Abg. Prot. II, 19, 29.
9) Abg. Prot. II, 30. Vgl. Ziffer 3 lit. b.

a) derjenigen Sachen, welche in einer früheren Sitzung zur mündlichen Verhandlung fixirt worden sind. Unter sich rangiren diese nach der Folgeordnung, in welcher sie im Sitzungsverzeichnisse vorgetragen sind. Das Sitzungsverzeichniß ist aber nach der Reihenfolge des Hauptverzeichnisses herzustellen.

Abweichungen nach beiden Richtungen, bei Herstellung und bei Einhaltung des Sitzungsverzeichnisses, dürfen nur aus besonderen Gründen stattfinden. Der Senatsvorstand (oder Gerichtsvorstand, wenn nur ein Civilsenat besteht) darf bei Herstellung des Sitzungsverzeichnisses nur aus dringenden Gründen von der Reihenfolge des Hauptverzeichnisses abweichen lassen. Der Vorsitzende darf Aenderungen am hergestellten Sitzungsverzeichnisse in der Sitzung lediglich in Anwesenheit aller betheiligten Anwälte und etwa mit der mündlichen Rechtsvertheidigung betrauten Personen vornehmen, vorausgesetzt, daß die betheiligten Anwälte zustimmen, andernfalls nur, wenn besondere Umstände dies nothwendig machen[10]).

b) Diejenigen Sachen ersten Aufrufs, welche sofort zur mündlichen Verhandlung kommen und nicht schon unmittelbar anschließend an den ersten Aufruf mitverhandelt worden sind[11]), können nach dem Ermessen des Vorsitzenden vor, nach oder zwischen den sonst zur Verhandlung kommenden Sachen vorgenommen werden.

4) Die an gar keine Reihenfolge gebundenen Ungehorsams- und summarischen Sachen können an jedem beliebigen Orte nach Anordnung des Vorsitzenden eingestellt werden.

Versäumungsurtheile werden am zweckmäßigsten allen anderen Sachen vorgängig erledigt, da die Verhandlung meist sehr kurz sein wird. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, z. B. wenn in Versäumungsfällen auf Beweis zu erkennen ist (Artikel 297, 324 Absatz 2 Pr. O.), so soll der Vorsitzende die Sache ohne Beeinträchtigung der anderen passenden Orts einschalten.

Summarische Sachen (Artikel 259—261 Pr. O.), welche wegen späten Eintrags ins Hauptverzeichniß in der Regel dort die letzten sein werden, dürfen deshalb allein nicht an den Schluß der Sitzung verwiesen werden, wo sie vielleicht gar nicht mehr zur Verhandlung kämen. Anderseits hat aber auch die betreibende Partei kein unbedingtes Recht auf sofortigen Aufruf ihrer Sache vor andern vielleicht nicht minder dringlichen. Vielmehr entscheidet hierüber das Ermessen des Vorsitzenden[12]).

II. Ist eine Hinterlegungssache zum Aufruf gekommen, so sind verschiedene Fälle möglich.

1) Circumductio termini. Streichung vom Hauptverzeichniß.

Ist bei dem Aufruf zur Hinterlegung der Anträge keiner der Anwälte erschienen und dem Gerichte auch kein Verhältniß bekannt

10) Artikel 244 Pr. O.
11) Vgl. Ziffer 2.
12) Vgl. Abg. Prot. II, 53; Abg. Prot. IV. 73; R. Ref. II, 114.

geworden, wegen dessen es sich veranlasst findet, die Sache zu vertagen, so ist die Streichung vom Hauptverzeichniß zu verfügen[13]), — in Anwendung des Grundsatzes „wo kein Kläger, da ist auch kein Richter". Die Sache wird als nicht anhängig geworden, als nicht angemeldet betrachtet[14]), kann folgerecht nur dann wieder zur Sitzung gebracht werden, wenn sie neuerdings angemeldet worden ist. Allerdings ist die Wiederanmeldung zu jeder Zeit zulässig. Allein die Sache wird wie eine neueingetragene behandelt; nur der wiederholten Zustellung motivirter Anträge bedarf es nicht, wenn solche bereits früher stattgefunden hat[15]). Diese Vorschrift soll dem Uebelstande vorbeugen, welcher aus häufigem Circumduciren der Tagfahrten für den gerichtlichen Geschäftsgang droht. Bezügliche Vormerkung hat im Hauptverzeichniß zu erfolgen, wenn die anwesenden Anwälte erklären, daß die Sache durch Vergleich, Abstand ꝛc. ꝛc. erledigt sei[16]).

Als nicht erschienen ist auch der Anwalt zu betrachten, welcher in der Sitzung zwar gegenwärtig ist, aber, sei es überhaupt oder nach Verwerfung eines Vertagungsbegehrens, keinen Antrag hinterlegt[17]). Denn, wenn der persönlich anwesende Anwalt nicht handelt, so ist dies gerade so viel, als ob er überhaupt nicht anwesend wäre. Dies liegt im technischen Begriffe des „Erscheinens"[18]).

Die Vertagung, im Falle keiner der Anwälte erschienen ist, rechtfertigt sich nur, wenn eine Verhinderung am Erscheinen auf Seite mindestens eines Anwalts notorisch ist, z. B. die notorische plötzliche Erkrankung eines Anwalts, während Nichts auf eine inzwischen eingetretene Erledigung der Sache deutet. Mit solcher Vertagung soll nur die außerdem doch eintretende Wiederanmeldung der Sache verhütet werden[19]). Von der Vertagung hat der Gerichtsschreiber dem bisher betreibenden Theile Mittheilung zu machen und dieser dann den Gegner nach Artikel 252 laden zu lassen.

2) Einseitige Verhandlung.

Ist nur ein Anwalt oder von mehreren aufgestellten Anwälten nur ein Theil erschienen, so soll, wenn nicht besondere Verhältnisse entgegenstehen, sofort Antrag nach Hpst. VIII der Proceßordnung d. h. auf Erlassung eines Urtheils nach Maßgabe der Bestimmungen über Versäumung gestellt werden[20]).

In der Regel wird dies ein Versäumungsurtheil, es kann aber auch ein Verbindungsurtheil sein[21]). Ersternfalls ist das Urtheil nicht unter allen Umständen ein Endurtheil[22]).

---

13) Artikel 241 Absatz 1 Pr. O.
14) Abg. Prot. II, 29.
15) Artikel 255 Pr. O. Vgl. §. 301.
16) Abg. Prot. II, 30.
17) Artikel 253 Pr. O. Abg. Prot. IV, 72—73.
18) Vgl. §. 303.
19) Abg. Prot. II, 29.
20) Artikel 241 Absatz 2 Pr. O.
21) Abg. Prot. II, 30 und 119. Vgl. Artikel 316—318, 523 Pr. O. Das Nähere gehört in das VIII. Buch.
22) Vgl. Artikel 324 Absatz 2 Pr. O.

Wird von Seite des erschienenen Theils die Antragstellung unterlassen, so ist auch in diesem Falle die Streichung der Sache anzuordnen[23]), weil dann der nichthandelnde Anwalt als nicht erschienen zu betrachten ist[24]), circumductio termini.

Unterläßt von beiden erschienenen Anwälten der Eine die Hinterlegung, so ist er als nicht erschienen zu betrachten. Artikel 253.

3) Vertagung der Hinterlegungstagfahrt[25]).

Sind bei dem Aufruf der Sache alle aufgestellten Anwälte erschienen, so ist, wenn dieselben zur Hinterlegung der Anträge bereit sind, hiezu als zum Zwecke der Tagfahrt zu schreiten.

Besteht aber diese Bereitwilligkeit nicht, so kann unter gewissen Voraussetzungen die Tagfahrt auf einen späteren Tag verlegt werden.

Will Vertagung nachgesucht werden, so ist ein Vertagungsbegehren, ein parteilicher Vertagungsantrag zu stellen, wenn nicht von Amtswegen vertagt wird. Will ein Anwalt, obwohl nach den vorliegenden Umständen des Falles Vertagung selbst ohne Einwilligung des Gegners angeordnet werden müßte, gleichwohl die Anträge hinterlegen, so besteht hiegegen kein Hinderniß[26]).

Anlangend die Form des Vertagungsantrages, so ist die Vertagung sogleich nach dem Aufrufe und zwar, wenn nicht eine weitere Entscheidung des Gerichts verlangt wird, mündlich zu beantragen[27]).

Würde aber noch eine weitere Entscheidung des Gerichts mitverlangt z. B. über Leistung von Kosten- und Schadenersatz oder über Actenrückgabe nach Artikel 174, so ist das Begehren wie alle anderen Anträge schriftlich zu stellen[28]).

In Ansehung der Vertagungsgründe werden die Fälle unterschieden, in welchen Vertagung unter allen Umständen bewilligt werden muß, und jene Fälle, in welchen nach richterlichem Ermessen (generalis clausula) Vertagung eintreten kann.

Dem Vertagungsbegehren muß entsprochen werden:

a) wenn der Gegenanwalt einwilligt. Hierin unterscheidet sich die Hinterlegungs- von der Verhandlungstagfahrt. Bei letzterer genügt die Einwilligung der Gegenpartei allein nicht zur Vertagung, es müssen außerdem noch erhebliche Gründe dafür vorhanden sein (vgl. Artikel 249); denn hier hat die Verhandlung schon begonnen. Wann diese fortgesetzt und beendigt werden soll, kann nicht mehr von der Willkür der Parteien bestimmt werden, da solche die Abwickelung des gerichtlichen Geschäftsgangs stören müßte. Nur in Bezug auf gänzliche Streichung der Sache sind die Parteien allein noch dispositionsfreie Herren des Rechtsstreits. Die

23) Artikel 241 Absatz 2 Pr. O.
24) Artikel 253 Pr. O.
25) Ueber Vertagungen im Allgemeinen vgl. §. 271.
26) Abg. Prot. II, 31.
27) Artikel 242 Absatz 1 Pr. O.
28) Abg. Prot. II, 31.

Vertagung der Verhandlung steht im Ermessen des Gerichts und wird deshalb ohne objectives Hinderniß nicht gestattet[29]).

b) Der zweite Fall, in welchem ohne Weiteres Vertagung bewilligt werden muß, ist der, wenn der Gegenanwalt seinen Verpflichtungen bezüglich der Mittheilung oder bezüglich der Rückgabe der Urkunden (Artikel 172—174) nicht nachgekommen ist[30]).

c) Vertagung muß ferner bewilligt werden, wenn der Gegenanwalt des die Vertagung begehrenden Anwalts den vorschriftsmäßig mitzutheilenden motivirten Antrag überhaupt nicht oder nicht spätestens drei Tage vor der Sitzung hat zustellen lassen[31]).

d) Vertagung muß endlich bewilligt werden, wenn der Gegenanwalt des die Vertagung begehrenden Anwalts durch verfrühte Anmeldung der Sache die Gegenpartei in den ihr gesetzlich gegebenen Fristen verkürzt hat[32]).

Die Fälle, in denen eine wirkliche Verkürzung der fraglichen Art durch verfrühte Anmeldung herbeigeführt wird oder werden kann, werden im Hinblicke auf Artikel 237 nur selten vorkommen; jedoch ist die Möglichkeit ihres Vorkommens — namentlich beim Hinzutreten einer Gewährschaftsklage oder Streitverkündung — nicht ausgeschlossen.

Nach der Proceßordnung hat nämlich Niemand Controle über die rechtzeitige oder verfrühte Anmeldung einer Sache, insbesondere nicht darüber zu üben, ob z. B. ein Antrag zugestellt ist und wann, ob Gewährschaftsklage erhoben ist ꝛc. ꝛc. Auch der Gerichtsschreiber, bei dem angemeldet wird, kann dies nicht wissen und er hat sich nicht darum zu kümmern.

Das Nächstliegende in solchem Falle, die Streichung der Sache vom Hauptverzeichnisse, will das Gesetz nicht (vgl. Artikel 241), da eine solche in den meisten Fällen materiell nicht gerechtfertigt wäre.

Anderseits aber besteht, wenn eine wirkliche Verkürzung der Gegenpartei stattgehabt hat, für sie ein natürliches Recht wenigstens auf Vertagung. Daß eine wirkliche Verkürzung stattgefunden haben müsse, verlangt das Gesetz deutlich. Eine Vertagung greift nicht Platz, wenn zwar die Anmeldung zu früh geschah, jedoch so, daß eine Verkürzung der Gegenpartei nicht stattfand, z. B. wenn zwar am Anfang der Woche die Anmeldung erfolgte, die Sache aber in der Mitte derselben Woche durch Antragszustellung nachträglich zur Anmeldung bereift und erst Ende der Woche auf die Wochentabelle gesetzt wurde, ein Fall, in dem sicher eine Verkürzung nicht eingetreten ist[33]).

In allen andern Fällen außer den sub lit. a—d aufgeführten **kann** nach richterlichem Ermessen Vertagung stattfinden. Sie ist

29) Abg. Prot. II, 31, 35. R. Prot. II, 29—30.
30) Artikel 242 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §§. 297, 299.
31) Artikel 242 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §. 287.
32) Artikel 242 Absatz 2 Pr. O.
33) R. Ref. I, 39; R. Prot. II, 27—28; Abg. Ref. III, 35.

nur zu bewilligen, wenn erhebliche Gründe dafür glaubhaft dargelegt werden [34]). Dahin gehören Hindernisse der Vorbereitung der Sache überhaupt, namentlich der Fall, wenn zwar der beklagtische motivirte Antrag noch drei Tage vor der Sitzung, aber doch längst nach Ablauf der in Artikel 231 bestimmten Frist und so spät zugestellt wurde, daß der Kläger in seiner Vorbereitung wirklich beeinträchtigt erscheint. Es können sich aber auch bei vollendeter Vorbereitung der Sache noch sonstige Hindernisse ergeben z. B. die plötzliche Erkrankung eines Anwalts ꝛc. [35]). Es kann ein Anwalt in die Nothwendigkeit versetzt sein, vorerst noch eine Urkunde ausfertigen zu lassen, die bisher nicht erforderlich schien. Daher ist auch die Fassung des Artikel 251 Absatz 2 der Proceßordnung im letzten Satze exemplificativ „insbesondere u. s. w." [36]).

Das Gesetz beabsichtigt, mit der Erschwerung von Vertagungen zu verhüten, daß der Proceß verschleppt werde [37]).

Wird dem Vertagungsbegehren entsprochen, so hat das Gericht desbezügliches **Urtheil** zu erlassen.

Für die Regel ist in diesem Urtheil zugleich eine andere Sitzung zur Hinterlegung der Anträge zu bestimmen [38]). Daß in diesem Fall die bei der Vertagung anwesenden Anwälte zur neuerlich anberaumten Tagfahrt, von der sie bereits in Kenntniß gesetzt sind [39]), nicht mehr geladen zu werden brauchen, wohl aber der bei der Vertagung etwa abwesende Anwalt, ist in §. 303 Ziff. II bemerkt [40]).

Ausnahmsweise erfolgt die Aufhebung der Hinterlegungstagfahrt ohne sofortige Anberaumung einer neuen Tagfahrt. Dies kann geschehen, wenn die Vertagung unter Wiederaufnahme des Schriftenwechsels stattfindet, gleichviel ob der bisherige Schriftenwechsel wegen Verwicklung der Sache oder Unzulänglichkeit der gesetzlichen Fristen oder wegen sonstiger Hindernisse als ungenügend betrachtet werden muß [41]). Vgl. §. 294. Häufig werden diese Ausnahmen nicht vorkommen, wenn die Anwälte, wie es ihre Pflicht ist, eine Sache nicht vor deren völliger Bereifung zum Hauptverzeichniß anmelden. In verwickelten Processen thun sie gut, sich freiwillig längere als die gesetzlichen Fristen vor der Anmeldung zu gestatten [42]).

Gleichviel übrigens ob sofort neuerliche Hinterlegungstagfahrt angesetzt oder ohne solche der Schriftenwechsel wieder aufgenommen wurde, ist die betreffende Sache von der Wochentabelle zu streichen, da sie zum Aufrufe gekommen ist.

**Letzternfalls** kann sie erst dann wieder zum Aufrufe gelangen, wenn sie vom Gerichtsschreiber in Gemäßheit der Bestimmungen des Artikel 237 Abs. 2 der Proceßordnung auf Anmeldung des

34) Artikel 242 Absatz 3 Pr. O.
35) Abg. Prot. II, 31.
36) Abg. Prot. II, 121.
37) Abg. Prot. II, 31.
38) Artikel 243 Absatz 1 Pr. O.
39) Abg. Prot. II, 132.
40) Vgl. Artikel 252 Pr. O.
41) Artikel 243 Absatz 2 Pr. O.
42) Abg. Prot. II, 31.

betreibenden Theils neuerdings in die Wochentabelle eingetragen worden ist [43]). Vgl. §. 302.

Ersterenfalls ist Anmeldung und Eintrag in die Wochentabelle behufs Anheftung ꝛc. nicht erforderlich, da die neue Tagfahrt bereits durch Urtheil festgestellt ist. Dagegen ist die Tagfahrt in's Sitzungsverzeichniß aufzunehmen [44]), von wo sie in's Aufrufsverzeichniß übergeht [45]).

Vertagungsurtheile werden in der Regel nicht ausgefertigt, sondern nur in's Urtheilsbuch eingetragen [46]).

Schließlich ist eines hieher gehörigen Specialfalles, der Vertagung bei nachträglicher Anwaltsbestellung in der Sitzung zu gedenken.

Tritt in einer Sache, in welcher bisher ein Anwalt für den Beklagten noch nicht bestellt war, ehe das Versäumungsurtheil verkündet ist, für denselben ein Anwalt in der Sitzung auf, so wird die Sache zur wechselseitigen Zustellung der motivirten Anträge ausgesetzt und das Gericht bestimmt zugleich die Fristen hiefür. Die Sache kommt, wie bei sonstigen Vertagungen mit Wiederaufnahme des Schriftenwechsels, erst wieder zum Aufruf, wenn sie von dem Gerichtsschreiber in Gemäßheit des Artikel 237 Abs. 2 neuerdings in die Wochentabelle eingetragen worden ist [47]).

Die erwähnte Bestimmung darf übrigens nicht dahin verstanden werden, als ob der Beklagte persönlich allein in der Sitzung erscheinen und erklären könnte, er wolle diesen oder jenen Anwalt zu seiner Vertretung bestellen. Der Beklagte kann ohne Anwalt in der bezirksgerichtlichen Sitzung gar nicht auftreten. Vielmehr muß der Anwalt, den er bestellen will, in der Sitzung anwesend sein und die bezügliche Erklärung abgeben [48]).

Die Möglichkeit, daß durch das Auftreten eines Anwalts ein Versäumungsurtheil ausgeschlossen werde, ist hiemit bis zur vollendeten Verkündung des letzteren offen gelassen. Einer nachträglichen schriftlichen Mittheilung der Anwaltsbestellung an den Gegenanwalt (Artikel 226) bedarf es in solchen Fällen nicht. Die in der Sitzung erfolgte Anwaltsbestellung wird statt dessen im Urtheilsbuche beurkundet. Vgl. Artikel 281 [49]).

---

43) Artikel 243 Absatz 2 i. f.
44) Formular III, A zur Verordnung vom 16. Juni 1870, die Dienstesvorschriften ꝛc. betr.
45) Formular III, B der letztalleg. V. O.
46) Artikel 281, 293 Pr. O.
47) Artikel 250 Absatz 4 Pr. O.
48) Abg. Prot. II, 32.
49) Abg. Prot. II, 121.

## §. 305 [1]).

I. Der nächste Zweck der Tagfahrt zum ersten Aufruf der Sache [2]) ist die Hinterlegung der Anträge [3]). Poser les qualités.

Sie kann stattfinden, ob Schlußanträge zugestellt wurden oder nicht z. B. im Falle des Artikel 232 Abs. 2. Denn Anträge müssen in jedem Falle an das Gericht gestellt werden und alle Anträge mit Ausnahme bloser Vertagungsbegehren sind schriftlich zu stellen [4]).

1) Sind bei dem Aufruf alle in der Sache aufgestellten Anwälte erschienen, so hat, falls kein Vertagungsbegehren gestellt oder das gestellte verworfen ist, jeder Anwalt seine Gesuche wie sie sich nach dem motivirten Antrage und den etwa nöthig befundenen Abänderungen und Zusätzen gestalten, zu verlesen und Abschrift dieses Antrags dem Vorsitzenden zu übergeben. Letzterer hat auf der übergebenen Abschrift den Tag der Hinterlegung unter Beifügung seines Namenszugs zu bemerken [5]), damit hiedurch die Identität der betreffenden Anträge festgestellt und der Tag der Hinterlegung zuverlässig constatirt wird [6]).

Wollen Anträge hinterlegt werden, obwohl von keinem oder nur von einem Anwalte motivirte Anträge zugestellt wurden, so sind, da dies zulässig erscheint [7]), die beiderseitigen Gesuche, wie sie nun gestellt werden wollen, zu verlesen und die bezüglichen Anträge zu hinterlegen [8]). Im Falle des Artikel 255 der Proceßordnung sind die früher zugestellten Anträge zu hinterlegen, nachdem die darin enthaltenen Gesuche mit den etwaigen Aenderungen verlesen sind.

Uebrigens ist Abschrift des ganzen Antrags zu übergeben; wenn auch die Verlesung selbst sich nicht auf den ganzen Antrag erstreckt,

---

1) Quellen zu Artikel 252 sieh' bei §. 303.
Quellen zu Artikel 240 Pr. O.
Abg. Ref. II, 97—98; III, 34.
Abg. Prot. II, 14—20, 21, 29, 104, 112, 118, 119, 141, 450; IV, 70, 122.
R. Ref. I, 9; II, 108.
R. Prot. II, 24; IV, 34.
Quellen zu Artikel 241 Pr. O.
Abg. Ref. III, 34.
Abg. Prot. II, 21—22, 29-30, 118=119, 141, 450; IV, 70-71, 75—76, 122.
R. Ref. I, 9; II, 108.
R. Prot. II, 24—25; IV, 34.

2) Eine Sache angenommen, in welcher für den Beklagten ein Anwalt bestellt ist. Andernfalls bedarf es einer Fixation der Verhandlungstagfahrt nicht. Der klägerische Anwalt kann nach Eintrag der Sache in das Hauptverzeichniß sofort in jeder Sitzung ohne Ladung des Gegners Versäumungsurtheil begehren. Abg.-Prot. II, 19, 20.

3) Artikel 240 Absatz 1 Pr. O.

4) Abg. Prot. II. 31.

5) Artikel 241 Absatz 3 Pr. O.

6) Abg. Prot. II, 29.

7) Vgl. §. 287.

8) Abg. Prot. II, 31.

sondern auf das Gesuch beschränkt. Daher spricht Artikel 241 Abs. 7 ausdrücklich von „verlesenen Gesuchen" [9]).

Das Original seines Antrags, von welchem der Anwalt Abschrift an den Vorsitzenden übergibt, behält er bei seinen Acten. Später erhält der Anwalt auch die Abschrift wieder zur Benützung bei der Verhandlung. A. a. O. ist die Rückgabe der Anträge an die Anwälte zum erwähnten Zweck angeordnet, da möglicher Weise zur Abschrift noch Zusätze gemacht wurden, welche im Original nicht enthalten sind [10]). Nach der Verhandlung bleiben die übergebenen Anträge auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt.

2) Sind hinsichtlich der Gesuche Aenderungen oder Zusätze gemacht worden, so bedarf es einer besonderen Motivirung derselben nicht. Es ist aber in diesem Falle dem Gegenanwalte Abschrift des nunmehrigen Gesuchs spätestens bei der Hinterlegung von kurzer Hand mitzutheilen [11]).

Solche nachträgliche Aenderungen und Zusätze an dem Gesuche, welche den zugestellten motivirten Anträgen beigefügt sind, bedürfen keiner besonderen schriftlichen Motivirung. Vergl. übrigens §. 290 Ziff. II.

Im erwähnten Falle wird vom Anwalte zuerst sein Originalantrag und dann die Abschrift, welche dem Vorsitzenden zu übergeben ist, entsprechend abgeändert [12]).

3) Die bei Gericht zu hinterlegenden Anträge haben zugleich das vollständige Verzeichniß der im Processe befindlichen Parteien nach Vor- und Familiennamen, Stand, Wohnort und Parteistellung zu enthalten [13]).

Diese Vorschrift findet hauptsächlich bei Verbindung mehrerer Processe zu einem Verfahren [14]) Anwendung. Doch hat sie auch im einfachen Rechtsstreit Bedeutung, wenn zur Partei Gehilfen, Nebeninterventienten 2c. hinzutreten.

Im Verlaufe des Processes nämlich, insbesondere in den Anwaltsacten, wozu die zuzustellenden motivirten Anträge gehören, soll zur Vermeidung unnöthiger Vielschreiberei, wenn mehrere Parteipersonen auf einer Seite stehen und hierin keine Aenderung eingetreten ist, nur eine dieser Personen genannt werden mit dem Beisatz „und Genossen" [15]). Die nach Artikel 241 Abs. 3 zu hinterlegende Abschrift des zugestellten motivirten Antrags würde also auch nur diese abgekürzte Parteibezeichnung enthalten; in den Gerichtsacten aber fänden sich die Namen der sämmtlichen Parteipersonen in solchem Falle ebensowenig, da der Eintrag im Hauptverzeichniß gleichfalls nur abgekürzt stattfindet [16]). Gleichwohl müssen im Urtheile alle Parteien nach Namen, Stand und Wohnort aufgeführt sein. Dem

---

9) R. Ref. II, 108; Abg. Prot. IV, 75—76.
10) Abg. Prot. II, 112.
11) Artikel 241 Absatz 4 Pr. O. Vgl. §. 290.
12) Abg. Prot. II, 119.
13) Artikel 241 Absatz 5 Pr. O.
14) Proceßconnexion. Vgl. Buch VIII.
15) Artikel 165 Absatz 2 Pr. O.
16) Artikel 235 Absatz 3 Pr. O.

Gerichtsschreiber, der diese Formalien zu ordnen hat, kann aber nicht zugemuthet werden, die genaue Bezeichnung der Parteien aus den Parteiacten herauszusuchen. Deshalb müssen diese in die zu hinterlegenden Anträge aufgenommen werden; letztere bilden das einzige von den Parteien ausgehende Actenstück, welches bei Gericht verbleibt [17]).

II. Nächst der Hinterlegung der Anträge ist der weitere Zweck des ersten Aufrufs die Anberaumung der für die mündliche Verhandlung der Sache nothwendigen Tagfahrt, die Fixation der Verhandlung.

1) Ausnahmsweise kann vom Gericht angeordnet werden, daß die Verhandlung noch in der nämlichen Sitzung d. i. in der Hinterlegungstagfahrt stattzufinden habe [18]) in Sachen, in welchen über eine (Artikel 185 und 186) privilegirte Proceßeinrede vorerst allein oder in Verbindung mit anderen Proceßeinreden, jedoch ausschließlich der Einlassung in der Hauptsache zu entscheiden ist, sowie in Sachen, bei denen sich aus den verlesenen Gesuchen ergibt, daß im Wesentlichen ein Streit unter den Parteien nicht obwaltet (jugement convenu) [19]) oder daß die Sachlage eine besonders einfache ist. Andere Fälle sofortiger mündlicher Verhandlung kennt die Proceßordnung nicht. Wo übrigens außer diesen Fällen eine Partei unter Bescheinigung von Gefahr auf Verzug die sofortige Verhandlung verlangt, ist solcher in Anwendung des Artikel 259 stattzugeben. Verlangen beide Parteien, obwohl Dringlichkeitsgründe fehlen, übereinstimmend die sofortige mündliche Verhandlung und das Gericht geht hierauf ein, — so ist die gepflogene Verhandlung hinterher nicht anfechtbar.

2) Regel ist die Anberaumung einer neuen späteren Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung.

a) Das Gericht bestimmt, nachdem es die Anwälte über die bei der Fixirung zu berücksichtigenden Umstände vernommen hat, eine spätere Sitzung zur Verhandlung [20]).

Da nicht der Gerichtsvorstand bezw. der Vorsitzende allein die Tagfahrt festsetzt, kann von einer Berufung des mit der Fixirung etwa unzufriedenen Anwalts vom Vorstand an das Collegium keine Rede sein [21]).

Die bei der Fixirung zu berücksichtigenden Umstände sind die muthmaßliche Dauer der seinerzeitigen mündlichen Verhandlung, die etwa seitens des Gerichts oder der Anwälte hinsichtlich des Verhandlungstags zu fürchtenden Abhaltungen und Hindernisse 2c., die Ermöglichung persönlichen Erscheinens der Parteien 2c. Die

---

17) R. Prot. II, 25; Abg. Prot. IV, 61.

18) Wenn die Proceßordnung an anderen Stellen von Sitzungen spricht, welche unmittelbar zur Verhandlung bestimmt sind, z. B. in Artikel 301, 303, so sind hierunter nicht Fälle des Artikel 241 Absatz 7 verstanden, sondern jene Fälle, in welchen eine besondere Hinterlegungstagfahrt von vorneherein ausgeschlossen ist, vielmehr die Ladung zur sofortigen Verhandlung ergeht (Artikel 259). Allerdings müssen in dieser Verhandlung zugleich Anträge hinterlegt werden.

19) Artikel 241 Absatz 7 Pr. O.

20) Artikel 241 Absatz 6 Pr. O.

21) Abg. Prot. II, 30.

betheiligten, wie nicht minder die sonst anwesenden Anwälte geben hierüber sofort dem Gericht die nöthigen Aufklärungen. Da es sich hiebei um Vornahme einer einzelnen Proceßhandlung fragt, kann sich ein Anwalt in der Fixationstagfahrt auch durch einen substituirten Anwalt vertreten lassen; er kann dazu seinen Hilfsarbeiter senden, von welchem unter der Verantwortlichkeit des substituirten Anwalts alle bezüglichen Aufklärungen direct gegeben werden. Gestattet dies der Vorsitzende nicht, so verschafft sich der substituirte Anwalt alle nöthigen Aufklärungen von dem mitanwesenden Hilfsarbeiter und unterbreitet sie sofort dem Gericht [22]).

Anlangend die Fixirung der Verhandlungstagfahrten auf bestimmte Stunden, so enthält hierüber das Gesetz ebensowenig eine zwingende Bestimmung, als es anderseits eine solche Fixation nach Stunden absolut ausschließt. In der Praxis wird sich die Sache leicht ordnen. Es wird kaum angemessen sein, jede Sache auf eine bestimmte Stunde anzusetzen, und eben sowenig, alle Sachen derselben Tagfahrt auf eine und dieselbe Stunde zu fixiren. Vielmehr scheint das Angemessenste, die mehreren einzelnen Sachen gruppenweise auf die einzelnen Stunden zu vertheilen, so daß z. B. einige Sachen auf zehn Uhr, einige auf elf Uhr u. s. w. anstehen.

Natürlich muß diese Gruppirung so erfolgen, daß dabei die Bestimmungen des Artikel 244 nicht außer Acht kommen. Es dürfen also in jede Gruppe zu verhandelnder Sachen nur solche genommen werden, welche nach der Reihenfolge des Hauptverzeichnisses sich einander zunächst folgen. Der Aufruf der einzelnen Sachen derselben Gruppe muß dann gleichfalls wieder nach der Reihenfolge des Hauptverzeichnisses geschehen. Keine Sache aber kann früher aufgerufen werden, als sie nach der Folgeordnung des Sitzungsverzeichnisses an die Reihe kömmt. Hiemit sind die Interessen der Anwälte hinreichend geschützt. Der Anwalt wird dann so ziemlich berechnen können, wann beiläufig seine Sache an die Reihe kömmt [23]).

b) Ist die Tagfahrt zur Verhandlung in Abwesenheit eines der betheiligten Anwälte in der Sitzung bestimmt worden, so muß der betreibende Theil jenem Anwalte spätestens am Tage vor der anberaumten Sitzung eine Aufforderung zum Erscheinen in derselben zustellen lassen [24]).

Waren aber alle Anwälte bei der Fixirung der Verhandlungstagfahrt gegenwärtig, so braucht eine Ladung derselben nicht mehr stattzufinden.

Wird im Falle des Artikel 241 Abs. 7 der Proceßordnung angeordnet, daß die Verhandlung zwar auch in der Hinterlegungstagfahrt, aber nicht unmittelbar anschließend an die Hinterlegung der Anträge stattzufinden habe [25]), so bedarf es gleichwohl keiner Ladung hiezu.

22) Abg. Prot. II, 17, 18.
23) Abg. Prot. II, 33—34. Vgl. §. 303.
24) Artikel 252 Pr. O.
25) Vgl. §. 304 Ziffer I, 3 lit. b.

## §. 306 [1]).

An die Hinterlegung der Anträge knüpft das Gesetz gewisse Wirkungen. Einige derselben sind schon früher erwähnt worden [2]).

Die Hauptwirkung der Hinterlegung der Anträge aber tritt in anderer Richtung hervor. Sind nämlich die Anträge vorher hinterlegt worden, so ist das dann in der Sache ergehende Urtheil auch gegenüber der bei der Verhandlung selbst nicht vertretenen Partei (d. h. also derjenigen Partei, deren Anwalt bei der späteren Verhandlung der Sache nicht erschienen ist) als ein contradictorisches zu betrachten [3]).

I. Vorausgesetzt wird, daß die Anträge „vorher" hinterlegt wurden. Hiemit sind zwei mögliche Fälle gegriffen. Das Urtheil ist ein contradictorisches,

1) wenn die Anträge in einer vorausgegangenen Sitzung hinterlegt worden sind,
2) wenn zwar die Hinterlegung der Anträge und die Hauptverhandlung selbst in einer und derselben Sitzung stattfindet, aber nicht im unmittelbaren Anschlusse an einander, sondern so, daß zwischen der Hinterlegung und der Hauptverhandlung andere Verhandlungen eingeschoben werden. Es kann in solchem Falle vorkommen, daß ein Anwalt, welcher bei der Hinterlegung der Anträge gegenwärtig war und seinen Antrag hinterlegt hat, sich entfernt, ohne zur Hauptverhandlung wieder zu erscheinen. Vgl. Artikel 232 mit Artikel 241 Abs. 7 und §. 305 a. E. [4])

Processual betrachtet ist nämlich die Hinterlegung der Anträge ein über das schriftliche Vorverfahren hinausgehender Act. Mit ihr hat die mündliche Verhandlung begonnen. Schon vor der Hinterlegungstagfahrt ist der Schriftenwechsel von nur vorbereitender Natur geschlossen. In derselben wird die Klage vom Kläger mündlich erhoben und die vom Beklagten gegen die Klage gerichteten Anträge werden mündlich gestellt. Alles dies geschieht vor ordentlich gesessenem Gericht in öffentlicher Sitzung.

Inhaltlich hat die Verlesung der Gesuche und Hinterlegung der Anträge die Natur einer gegenseitigen Erklärung der Parteien: daß und worüber sie streiten wollen, litiscontestatio.

Demgemäß treten auch alle Wirkungen ein, welche das Gesetz an den Beginn der mündlichen Verhandlung knüpft, und es kömmt gar nicht darauf an, ob sofort auch plaidirt wird oder ob die nähere mündliche Begründung der gestellten Gesuche in einer späteren zu diesem Zweck bestimmten Verhandlung stattfindet. Die mündliche Begründung ist niemals obligatorisch.

---

1) Quellen zu Artikel 245 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 35.
Abg. Prot. II, 14—20, 22—23, 35—39, 120—121, 142, 450; IV, 71—72, 123.
R. Ref. I, 9; II, 108—110.
R. Prot. II, 31; IV, 34.

2) Vgl. z. B. §. 283.

3) Artikel 245 Absatz 2 Pr. O.

4) Abg. Prot. IV, 71; R. Ref. II, 109—110.

Es genügt, wenn ein Anwalt sich auf seinen gestellten Antrag bezieht, bezw. seine Vertheidigung darauf beschränkt. Erscheint der Anwalt zwar bei der mündlichen Verhandlung und verliest seine Gesuche, entfernt sich aber dann wieder, so ist zweifellos die Sache contradictorisch, obwohl in der That mehr nicht geschah, als was in der Hinterlegungstagfahrt geschieht. Die mündliche Antragstellung, nicht aber auch die mündliche Ausführung ist eine Vorbedingung für die contradictorische Natur der Sache [5]).

Auch wird der contradictorische Charakter der nachfolgenden Verhandlung dadurch nicht geändert, daß der hinterlegte Antrag etwa nicht alle Puncte, welche er nach Lage der Sache und gesetzlicher Vorschrift zu berühren hat, wirklich berührt [6]). Denn das Gesetz will nicht, daß eine Verhandlung über verschiedene Puncte derselben Sache und das hierüber ergehende eine Urtheil nach einer Richtung contradictorisch nach der anderen contumacial sei. Die Puncte, welche ein Antrag nach Lage der Sache zu berühren hat, bestimmen sich durch den Zweck der Verhandlung. Sie sind andere, wenn es sich um ein Separaturtheil über privilegirte Einreden [7]), über Präjudicialpuncte [8]), über Incidentpuncte [9]), andere, wenn es sich um die Gesammtaburtheilung der ganzen Sache handelt.

Hat ein Anwalt in der Hinterlegungstagfahrt lediglich die Vertagung dieser beantragt und, hiemit sofort abgewiesen, sich entfernt, ohne einen Antrag au fond zu hinterlegen, so ist die Sache contumacial, weil er eben nicht hinterlegt hat.

Mit der beiderseitigen Hinterlegung der Anträge ist also die Sache in die Lage gekommen, daß kein Versäumungs= sondern nur mehr ein contradictorisches Urtheil ergehen kann, mag auch in der späteren zur mündlichen Verhandlung erst fixirten oder auf Vertagung reassumirten [10]) Sitzung einer der Anwälte nicht erscheinen. Gegen das Urtheil ist kein Einspruch, sondern bei gegebenen Voraussetzungen nur Berufung ꝛc. zulässig [11]). Dagegen darf auch bei der Verhandlung das Vorbringen der erschienenen Partei nicht als zugestanden betrachtet werden. Denn die nichterschienene Partei ist durch ihre hinterlegten Anträge vertreten. Von diesen hat das Gericht Kenntniß zu nehmen sowohl hinsichtlich der gestellten Gesuche als der zur Motivirung vorgebrachten Thatsachen [12]). Es gelten also in Ansehung von Zugeständnissen nicht die Bestimmungen des Artikel 301, sondern die allgemeinen Vorschriften des Artikel 164 der Proceßordnung.

Ebenso der preußische Entwurf [13]). Dieser enthält die weitere Vorschrift, daß der Antrag des Nichterschienenen bei der mündlichen Verhandlung durch den Gerichtsschreiber verlesen und mit der Verlesung als mündlich vorgetragen betrachtet wird. Dies ist nach der bayerischen Proceßordnung nicht erforderlich.

Allerdings ist die Bestimmung des Artikel 245 Abs. 2 unter Umstän=

5) Artikel 254 Pr. O.
6) Artikel 254.
7) Artikel 232, 256 Pr. O.
8) Artikel 190 mit Artikel 157 Pr. O.
9) Artikel 485 Pr. O.
10) Abg. Prot. II, 120.
11) Abg. Prot. II, 15—19, 35—39.
12) Abg. Prot. II, 100, 101, 122.
13) §. 312 Absatz 1.

den hart. Allein der Anwalt, der hinterlegt hat und in der Verhandlungstagfahrt zu erscheinen verhindert ist, kann sich durch einen Substituten vertreten und durch diesen selbst Antrag auf Vertagung stellen lassen.

Von besonders praktischer Bedeutung wird der bezeichnete Absatz 2 für die Frage der Unterbrechung der Instanz.

Der Streit wird nicht unterbrochen, wenn nach Hinterlegung der Anträge aber vor der mündlichen Verhandlung die Partei stirbt. Denn die einem Anwalt ertheilte Vollmacht wirkt über den Tod der Partei hinaus [14]). Von einer reprise d'instance in solchem Fall kann also keine Rede sein, so lange nicht die Erben dem bestellten Anwalt das Mandat kündigen und zugleich einen anderen Anwalt bestellen [15]).

Allerdings aber wird beim Tod des Anwalts der Streit unterbrochen und es kann zur Zeit kein Endurtheil erlassen werden [16]).

II. Sollen übrigens die Wirkungen der Hinterlegung eintreten, so muß **res integra** bleiben. Es dürfen weder die in den hinterlegten Anträgen enthaltenen Gesuche zum Nachtheile der nicht vertretenen Partei abgeändert, noch zu deren Begründung neue Thatsachen vorgebracht werden, ohne daß dem nicht erschienenen Anwalt durch einen spätestens am Tage vor der Verhandlung zugestellten Schriftsatz davon unter Mittheilung der betreffenden Urkunden Kenntniß gegeben worden ist. Ist dies nicht geschehen, so kann der erschienene Anwalt behufs der nachträglichen Mittheilung an den Gegenanwalt Vertagung begehren [17]).

Ist zur mündlichen Verhandlung nur der eine Anwalt erschienen, so sind zwei Fälle möglich: **entweder** der Erschienene beschränkt sich auf das in seinem Schlußantrag enthaltene Material **oder** es will z. B. vom erschienenen Kläger eine Klagsänderung [18]), eine neue Replik, neues Beweismaterial, vom erschienenen Beklagten eine neue Vertheidigungsthatsache 2c. vorgebracht werden.

Im ersteren Fall **kann die Verhandlung sofort und mit contradictorischem Charakter vor sich gehen**; sie kann es ebenso im zweiten Falle, wenn von den vorhablichen Aenderungen dem Gegner mindestens einen Tag vorher Mittheilung gemacht ist.

Wollen aber solche Aenderungen, die in letztbezeichneter Weise dem nicht erschienenen Gegner nicht mitgetheilt wurden, vorgenommen werden: so ist vom Erschienenen **Vertagung** nachzusuchen zu dem Zweck, um die betreffenden nova erst dem Gegenanwalt mitzutheilen. . Nach allgemeinen Grundsätzen beantwortet sich die Frage, welchem Theil die dadurch verursachten Kosten zu überbürden sind [19]). Sind die nova (Urkunden in der Urschrift [20]) übrigens in der in Artikel 173 der Proceßordnung bezeichneten Weise) mitgetheilt und erscheint der Gegner in der Sitzung, in welche die Sache verlegt worden ist, auf neuerliche Ladung [21]) wieder nicht, so ist hier contradictorisch zu verfahren [22]).

14) Artikel 93 Pr. O.
15) Abg. Prot. II, 19.
16) Abg. Prot. II, 36.
17) Artikel 245 Absatz 2 Pr. O.
18) Artikel 180—183 Pr. O.
19) Abg. Prot. II, 37—38.
20) Artikel 172 Pr. O.
21) Artikel 242 Pr. O.
22) Abg. Prot. II, 120.

Durch Artikel 245 Abs. 2 sind übrigens die Artikel 180—183 über die Zulässigkeit von Klagsänderungen nicht alterirt. Beide Bestimmungen bestehen selbständig neben einander.

Nach Artikel 180 kann eine wesentliche Klagsänderung mit beklagtischer Zustimmung durch den Lauf des ganzen Processes folglich auch in dem Stande vorgenommen werden, in welchem sich eine Sache nach Artikel 245 Abs. 2 befindet.

Dieser Artikel sieht nur vor, daß dem Beklagten die Gelegenheit zu nachträglicher Vertheidigung nicht entzogen werde, gleichviel ob die Klagsänderung eine wesentliche und darum an sich nach Artikel 180—183 bestreitbare ist oder nicht.

Ersternfalls wird dem Beklagten durch die nachträgliche Mittheilung die Gelegenheit zur Vertheidigung einschließlich der Einrede der unzulässigen Klagsänderung [23]).

Letzternfalls ist er durch die Mittheilung mindestens in die Lage zu setzen, seine sonstige Vertheidigung abgesehen von der vorerwähnten Einrede geltend zu machen.

Ist endlich die versuchte Klagsänderung weder an sich bestreitbar (Artikel 180—183) noch von der Art, daß durch sie der Rechtsstand des Beklagten beeinträchtigt erscheint, so bedarf es einer Vertagung im Sinne des Artikel 245 Abs. 2 nicht. Vielmehr kann sofort ohne bezügliche Mittheilung an den Beklagten und ohne weiteres Gehör desselben Urtheil erlassen werden. Etwas Anderes wollte mit der bei den Verhandlungen des Abgeordnetenausschusses gemachten Bemerkung, daß zur Vertagung nur Aenderungen am Gesuche und jene zu dessen Begründung neu vorgebrachten Thatsachen Anlaß geben, welche, für sich hingestellt, den selbständigen Grund einer Klage, Einrede, Replik ꝛc. bilden [24]), nicht gesagt werden. Folgerecht ist bei blosen Gesuchsreductionen, wie bei nachträglichen Gesuchen im Kostenpuncte, soferne dieser von Amtswegen berücksichtigt werden darf, zur Vertagung kein Grund gegeben.

Das Gesetz begnügt sich mit der Mittheilung der nova an den Gegner, wenn sie nur am Tage vor der Verhandlung geschehen ist, weil beiderseits Anwälte aufgestellt sind. Man wollte im Interesse des materiellen Rechts das Vorbringen neuer Thatsachen und Gesuche nicht allzusehr erschweren [25]).

23) Allerdings kann es Fälle geben, in welchen durch solche Aenderungen die Identität des Rechtsstreits in der Art verrückt wird, daß die früher hinterlegten Anträge ein völlig anderes Streitverhältniß darbieten, als jetzt in Frage steht. Unter solchen Umständen in Anwendung des Artikel 245 Absatz 2 ein contradictorisches Urtheil erlassen, wenn der Beklagte trotz Mittheilung neuerdings ausgeblieben ist, würde meines Erachtens dem Geiste des Gesetzes widersprechen.

24) Abg. Prot. II, 37—38.

25) Abg. Prot. II, 120. Vgl. §. 290 i. f.

## IV. Hauptstück.

# Die beschleunigte Einleitung der Verhandlung. Der abgekürzte Anwaltsproceß [1]).

### §. 307.

Für eine Reihe von Sachen statuirt das Gesetz durch den ganzen Proceßlauf Beschleunigung des Verfahrens. Dahin gehören gewisse außerordentliche Procedurarten, wie der Provisionalproceß, aber auch das ordentliche Verfahren vor Handels- und Einzelngerichten. Die Beschleunigung beschränkt sich nicht auf den Hinwegfall des vorbereitenden Schriftenwechsels, der besonderen Hinterlegungstagfahrt, die Verkürzung der Fristen. Schon der Act der Klagestellung ist vereinfacht, sie geschieht durch blosen Gerichtsvollzieheract (Vorladungsurkunde), nicht durch Zustellung einer Klageschrift. Das der ersten Verhandlung allenfalls folgende Beweisverfahren wie die Schlußverhandlung der Sache hat nicht minder einen beschleunigten Gang. Summarisches Verfahren, summarische Proceßarten.

Die Proceßordnung kennt aber auch eine Beschleunigung des Verfahrens, welche sich auf die rasche Herbeiführung der nächsten Verhandlung im ordentlichen Anwaltsprozesse beschränkt. Es bleibt dabei der gewöhnliche Gang des Verfahrens in Ansehung der Klagestellung und des Beweisverfahrens aufrecht. Die Beschleunigung tritt nur für die Verhandlung selbst ein, übrigens für jede Verhandlung, für welche sie besonders nachgesucht bezw. bewilligt wird, für die erste wie für jede folgende und Schlußverhandlung. Sie besteht in der Hinweglassung blos vorbereitender Handlungen wie der Signification der Anwaltsbestellung, des Schriftenwechsels, in der Verkürzung der Fristen, im Zusammenfassen der Aufgabe

---

1) Quellen zu Artikel 259 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 102—104; III, 36.
Abg. Prot. II, 41—60, 103, 104, 107—109, 113—114, 123—127, 143—144, 450; III, 91—92, 102—103; IV, 73, 124.
R. Ref. I, 10, 41.
R. Prot. II, 38—40.
Quellen zu Artikel 260 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 102—104; III, 37.
Abg. Prot. II, 41—60, 103, 104, 107—109, 113—114, 123—127, 143—144, 450; IV, 73, 125.
R. Ref. I, 10; II, 113—114.
R. Prot. II, 40; IV, 35.
Quellen zu Artikel 261 Pr. O.:
Abg. Ref. II. 102—104; III, 37.
Abg. Prot. II, 41—60, 103, 104, 107—109, 113—114, 123—127, 143—144; IV, 73, 125.
R. Ref. I, 10.
R. Prot. II, 40.
Vgl. die Motive zum Reg. Entw. S. 612—614 und §§. 560—571 des preuß. Entw. mit den Motiven hiezu S. 126—129.

mehrerer Tagfahrten (Hinterlegung und Verhandlung) in eine (Verhandlung). **Beschleunigte Einleitung der Verhandlung, abgekürzter Anwaltsproceß, Ladung auf kurze Frist, à bref délai.** Vgl. §. 277.

Die Einleitung des abgekürzten Anwaltsprocesses setzt

1) Gefahr auf Verzug der Rechtshilfe voraus [2]), — die Gefährdung des verfolgten Anspruchs an sich oder im Puncte seiner Realisirbarkeit aus der durch die betreffenden Formen und Fristen des regelmäßigen Verfahrens veranlassten längeren Dauer des Proceßverlaufs.

Die Gefahr muß in jedem Falle eine wirkliche und eine solche sein, welche erhebliche Nachtheile droht. Gradunterschiede in der Gefahr wie dringende, besonders dringende Gefahr u. s. w. kennt das Gesetz nicht [3]).

Ueber das Gegebensein der erwähnten Voraussetzung entscheidet das richterliche Ermessen.

2) Jede im ordentlichen Anwaltsproceß zu verfolgende Sache kann ohne Unterschied ihres Gegenstandes, wie ihres Umfangs im abgekürzten Verfahren eingeleitet werden.

Es gilt dies für die Hauptsache sowohl als für Incidentpuncte z. B. privilegirte Proceßeinreden, je nachdem die Voraussetzung von Gefahr auf Verzug bei der ersteren oder bei den letzteren oder bei beiden gegeben ist.

Insoweit für außerordentliche Procedurarten die Proceßeinleitung im ordentlichen Anwaltsproceß vorgeschrieben ist, wie für Aufforderungsklagen [4]), Klagen auf Aechtheitserklärung von Privaturkunden [5]), Besitzklagen [6]), Eheprocesse [7]), sind auf sie auch die Bestimmungen über den abgekürzten Anwaltsproceß anwendbar, unbeschadet übrigens der einschlägigen Sondervorschriften z. B. in den Artikeln 656, 660—664 der Pr. O.

3) Das abgekürzte Verfahren ist für die Einleitung jeder Verhandlung im ganzen Laufe des Rechtsstreits, für die Einleitung der ersten, der Beweis- und Eidesschlußverhandlung zulässig. Denn jeder Verhandlung hat eine einleitende Thätigkeit, ein Vorverfahren vorherzugehen, welches der Abkürzung fähig ist. (Artikel 257 Pr. O.) Wo dies nach besonderer Bestimmung des Gesetzes nicht der Fall (vergl. z. B. Artikel 344 Pr. O.), kann von einer Abkürzung im Sinne der Artikel 259—261 freilich keine Rede sein, weil es derselben nicht bedarf. Bei gegebenen Voraussetzungen aber muß das abgekürzte Verfahren für jede Verhandlung besonders nachgesucht und bewilligt werden.

Der Umstand, daß die Proceßeinleitung in den Formen des regulär-ordentlichen Verfahrens schon begonnen hat, hindert nicht, von da abwärts in das beschleunigte Verfahren überzugehen [8]). So kann die Sache schon mit der Klagzustellung im abgekürzten Verfahren eingeleitet, aber auch nach derselben, vor- oder nachgängig der Anmeldung zum Hauptverzeichniß in dieses übergeleitet werden. Darum sagt die Pr. O.:

---

2) Artikel 259 Absatz 1 Pr. O.
3) Abg. Prot. II, 123.
4) Hauptstück XX Pr. O., insbesondere Artikel 578.
5) Hauptstück XXI Pr. O., insbesondere Artikel 582.
6) Hauptstück XXII Pr. O., insbesondere Artikel 589.
7) Hauptstück XXVI Pr. O., insbesondere Artikel 655.
8) Abg. Prot. II. 51.

„Sowohl in bereits anhängigen als auch in den erst anhängig „zu machenden Sachen kann u. s. w." [9])

Demgemäß hat nicht blos der Gerichts- und Senatsvorstand, sondern auch das Gericht die allgemeine (nicht auf den Fall der Streitverkündung und Garantieklage [10]) beschränkte) Befugniß, das abgekürzte Verfahren zu bewilligen [11]).

Von wann dieses Verfahren beginnt, hängt in jedem Falle davon ab, in welchem Stand der Sache Gefahr auf Verzug eintritt oder bekannt wird und die gefährdete Partei zur Stellung des bezüglichen Gesuchs veranlasst.

4) Auf die Personen, aus welchen die Parteien bestehen, kömmt es nicht an. Der abgekürzte Proceß ist auch in der Richtung gegen Personen unbekannten Aufenthalts und solche zulässig, die nur im Auslande wohnen oder sich aufhalten. Denn der Artikel 259 der Pr. O. spricht generell.

Das Recht auf gesetzlich erweiterte Fristen cessirt in solchen Fällen. Nur muß der Richter, welcher Vorladung auf kurze Frist gestattet, bei der Tagfahrtsfestsetzung für den Geladenen auf die zum Erscheinen nach den Umständen unumgänglich nothwendige Zeit geeignete Rücksicht nehmen. Findet das Gericht, daß der Geladene in der ihm gegebenen Zeit unmöglich einen Anwalt bestellen konnte, so soll es das etwa begehrte Versäumungsurtheil verweigern und die Verhandlung unter Festsetzung einer ausreichenden Vorladungsfrist vertagen [12]).

5) Auch die Parteirolle desjenigen, welcher das abgekürzte Verfahren nachsuchen will, ist nicht maßgebend. So gut wie der Kläger gegen den Beklagten kann auch der Beklagte gegen den Kläger das abgekürzte Verfahren begehren, wenn er durch Aufschub der Verhandlung gefährdet wird. Deshalb spricht Artikel 259 allgemein „von der gefährdeten Partei."

Im zweiten Rechtszuge wird es in der Regel der Berufungsbeklagte sein, dem an rascher Entscheidung gelegen ist [13]). Ein gleiches Interesse wird in Vollstreckungsstreitigkeiten meistens der beklagte Gläubiger haben [14]).

Endlich steht das Recht auf Einleitung des abgekürzten Verfahrens den Nebenparteien in gleicher Weise zu wie den Hauptparteien.

## §. 308.

I. Die Einleitung des abgekürzten Anwaltsprocesses beginnt **mit dem Antrag** der gefährdeten Partei auf richterliche Gestattung dieses Verfahrens, worauf sofort **die richterliche Verfügung** über Zulassung oder Verweigerung desselben zu erfolgen hat.

1) Ist die Sache noch nicht zum Hauptverzeichniß angemeldet, so muß das Gesuch der gefährdeten Partei **an den Gerichtsvorstand** gerichtet werden.

Dasselbe hat die obwaltende Gefahr aus den thatsächlichen Umständen darzulegen, die Streitpuncte, in Ansehung deren sie besteht,

---

9) Artikel 259 Absatz 1 Pr. O.
10) Artikel 260 Ziffer 3 Pr. O.
11) Artikel 259 Absatz 4 Pr. O. Vgl. §. 308 Ziffer I, 3.
12) Artikel 300, 305 Pr. O. Abg. Prot. II, 124—125.
13) R. Prot. II, 38—39.
14) Artikel 869, 870 Pr. O.

zu bezeichnen und die Bitte um Gestattung des abgekürzten Verfahrens sowie um Tagfahrtsansetzung zum Zweck sofortiger Verhandlung der Sache zu enthalten.

Wird das Gesuch vor Zustellung der Klageschrift angebracht, so kann es vom klägerischen Anwalt mündlich oder schriftlich gestellt werden. Zugleich muß aber die nach Artikel 225 der Pr. O. gefertigte Klageschrift mitübergeben werden. Zweckmäßig wird das Gesuch dieser am Schlusse angefügt.

Will das Gesuch erst nach Zustellung der Klageschrift erhoben werden, so ist es vom Anwalte der gefährdeten Partei schriftlich zu stellen.

Ersterenfalls wird die Verfügung ohne weitere Förmlichkeit auf die Klageschrift, letzterenfalls auf das Gesuch gesetzt und dem Nachsuchenden ausgehändigt.

In jedem Falle muß die Ordonnanz, wenn dem Gesuche stattgegeben wird, den Tag der Verhandlung (ohne Rücksicht auf die gewöhnlichen Fristen) festsetzen. Es ist zweckmäßig, auch die Stunde der Verhandlung anzugeben. Bei besonders dringender Gefahr kann die Verhandlung auf eine Stunde desjenigen Tags angesetzt werden, von welchem die Verfügung datirt. Die Festsetzung soll in der Art geschehen, daß an dem bestimmten Tage die Verhandlung nicht durch andere vordringliche Sachen gehindert wird.

Eine Ladungsfrist ist in die Verfügung nicht aufzunehmen, Da die Zustellung der Ladung „unverzüglich“ [1]) an den Gegner geschehen muß, liegt es ohnehin in der Hand des Richters diesem durch die Wahl der Verhandlungszeit die erforderliche Zeit zum Erscheinen zu sichern.

Sind an dem betreffenden Gericht mehrere ständige Civilsenate, so hat die Ordonnanz auch den Senat zu bezeichnen, in welchem die Sache verhandelt wird [2]).

2) In Sachen, welche bereits zum Hauptverzeichniß angemeldet, dort eingetragen und bei mehreren ständigen Civilsenaten schon einem bestimmten Senate zugetheilt sind, ist das schriftliche Gesuch des Anwalts der gefährdeten Partei im letzterwähnten Falle an den Senats-, außerdem an den Gerichtsvorstand zu richten [3]).

Für das Gesuch und die darauf zu erlassende Verfügung gilt im Uebrigen das unter Ziffer 1 Bemerkte.

3) Ergibt sich der Anlaß zur Einleitung des abgekürzten Verfahrens erst bei einer auf die Sache bezüglichen Verhandlung, so ist der Antrag auf Bewilligung dieses Verfahrens von dem Anwalte der gefährdeten Partei an das Gericht zu stellen.

Bei der Antragstellung ist dasjenige zu beobachten, was für Anträge bei der mündlichen Verhandlung überhaupt vorgeschrieben ist.

Das Gericht erläßt hierauf die unter Ziff. 1 bezeichnete Verfügung mittels Urtheils [4]).

---

1) Artikel 259 Absatz 2 Pr. O.
2) Artikel 259 Absatz 1 und 2 Pr. O.
3) Artikel 259 Absatz 1 Pr. O.
4) Artikel 259 Absatz 4 Pr. O.

Ein solcher Fall kann sich z. B. ergeben, wenn das Gericht eine proceßhindernde Einrede verwirft und für die nun zu bethätigende Verhandlung der Hauptsache dem klägerischen Antrag entsprechend das abgekürzte Verfahren bewilligt [5]) oder wenn in der Hinterlegungstagfahrt wegen Dringlichkeit der Sache die sofortige Verhandlung noch in dieser Sitzung angeordnet wird [6]).

Weder gegen die Anordnungen des Gerichts noch gegen jene des Gerichts- oder Senatsvorstands in Betreff der Zulassung oder Verweigerung des abgekürzten Verfahrens findet ein Rechtsmittel statt [7]). Auch Beschwerde oder Einspruch gegen die Verfügung des Gerichts- oder Senatsvorstandes an das Gericht ist ausgeschlossen. Nicht minder ist die spätere Verbindung der Beschwerde mit einem anderen selbständigen Rechtsmittel unzulässig. Ein Beweisverfahren über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Gründe, welche für die Bewilligung des abgekürzten Verfahrens geltend gemacht worden sind, findet gleichfalls nicht statt [8]).

II. Ist eine dem abgekürzten Verfahren stattgebende Verfügung erlassen worden, so muß solche von der gefährdeten Partei dem Gegentheil unverzüglich mit Ladung zur Verhandlung zugestellt werden.

1) Hat die Gegenpartei noch keinen Anwalt bestellt, was der Fall ist, wenn das bezügliche Gesuch vor Zustellung der Klageschrift oder vor dem Ablauf der vom Beklagten noch nicht benützten Erscheinungsfrist [9]) erhoben wurde, so muß die Verfügung dem Beklagten selbst durch Gerichtsvollzieheract mit der Aufforderung zugestellt werden, ungesäumt aus den am Sitze des Proceßgerichts wohnenden und zur anwaltschaftlichen Vertretung zugelassenen Advocaten [10]) einen Anwalt aufzustellen, der für ihn in der anberaumten Sitzung zu erscheinen habe [11]).

Wurde die Erlaubniß zur Ladung auf kurze Frist schon vor Zustellung der Klageschrift erwirkt, so ist letztere mit der erwähnten Verfügung zugleich zuzustellen [12]).

Folgt die Ladung auf kurze Frist der Klagezustellung während des Laufs der noch unbenützten Erscheinungsfrist nach, so tritt an Stelle der früheren Aufforderung zur Anwaltsbestellung und Signification derselben an den klägerischen Anwalt [13]) die neue Aufforderung nach Artikel 259 Absatz 3 der Pr. O., welcher nur durch das persönliche Erscheinen des aufgestellten Anwalts bei der Verhandlung genügt werden kann, während die vorgängige Signification der Anwaltsbestellung nicht mehr nothwendig ist.

---

5) R. Ref. I, 41—42; R. Prot. II, 38—39; Abg. Ref. III, 36.
6) Vgl. §. 305 Ziffer II, 1.
7) Artikel 261 Absatz 3 Pr. O.
8) Abg. Prot. II, 55—56.
9) Artikel 226 Pr. O.
10) Artikel 226 Absatz 1 Pr. O.
11) Artikel 259 Absatz 2 Pr. O. Die Bemerkung, „daß der aufgestellte Anwalt für ihn in der Sitzung zu erscheinen habe" ist in die Ladungsurkunde ausdrücklich aufzunehmen, damit rechtsunkundige Parteien wissen, daß ihr persönliches Erscheinen allein nicht genüge.
12) Artikel 259 Absatz 2 Pr. O.
13) Artikel 226 Absatz 1 Pr. O.

Ist im Falle des Artikel 491 Ziffer 4 der Pr. O. ein neuer Anwalt von der Gegenpartei noch nicht aufgestellt, so wird mit der Ladung nach Artikel 259 Abs. 3 die Aufforderung nach Artikel 495 entsprechend verbunden.

2) Hat der Gegner der gefährdeten Partei bereits einen Anwalt bestellt [14]), so ist die das abgekürzte Verfahren gestattende Verfügung diesem Anwalte mit der Aufforderung zum Erscheinen in der festgesetzten Sitzung zuzustellen [15]).

3) Ist die Verfügung auf Zulassung des abgekürzten Verfahrens vom Gerichte ausgegangen, also das bezügliche Urtheil in der Sitzung publicirt worden, so findet die allgemeine Vorschrift des Artikel 252 der Pr. O. in Betreff der Ladung des Gegners analoge Anwendung. Eine bestimmte Ladungsfrist besteht jedoch auch in diesem Falle nicht.

III. Wurde die Verhandlung in der vorbezeichneten Weise eingeleitet, so kömmt es in der dafür festgesetzten Tagfahrt unmittelbar zur Sachverhandlung, mit welcher die Hinterlegung der Anträge verbunden werden muß [16]).

Dagegen fällt, soweit die bezüglichen Handlungen ꝛc. nicht etwa schon vor Bewilligung des abgekürzten Verfahrens vorgenommen worden sind, die gewöhnliche Erscheinungsfrist (Artikel 226), die schriftliche Signification der Anwaltsbestellung (Artikel 226 Absatz 1), der Schriftenwechsel (Artikel 231, 232), die Aufnahme der Sache in die Wochentabelle (Artikel 237) und die besondere Hinterlegungstagfahrt aus [17]). Uebrigens ist die vorgängige Zustellung motivirter Anträge nicht absolut verboten [18]). Es kann Fälle geben, in welchen ein Schriftenwechsel im Interesse der Parteien wie des Gerichts liegt, z. B. bei minder einfachen Sachen, welche ein tieferes Eingehen, eine umfangreichere Beweiserhebung als nothwendig in Aussicht stellen. Auch kann eine Sache durch solche Vorbereitung oft erheblich vereinfacht werden. Freilich wird die Kürze der Zeit, welche zwischen der Ladung und Verhandlung in Mitte liegt, in der Regel die Mittheilung motivirter Anträge hindern. Ergiebt sich aus den Umständen, der Einfachheit der Sache u. s. w., daß die Zustellung motivirter Anträge überflüssig war und nur zur Vermehrung der Kosten dienen konnte, so können diese dem Anwalte gestrichen werden [19]).

IV. Da die Vorschriften des regelmäßigen Verfahrens auch hier insoweit zur Anwendung kommen, als solche nicht vom Gesetze besonders für unanwendbar erklärt sind, so hat der betreibende Theil die Sache zum Hauptverzeichniß anzumelden, falls sie nicht schon darin eingetragen ist. Von Amtswegen erfolgt der Eintrag nicht. Denn zwischen

---

14) Dies ist der Fall, wenn diejenige Partei, gegen welche das abgekürzte Verfahren beantragt wurde, der Kläger selbst ist, sowie dann, wenn dies zwar der Beklagte ist, diesem aber die Klage bereits früher zugestellt, von ihm ein Anwalt bestellt und die Anwaltsbestellung dem Anwalte des Klägers significirt war.

15) Artikel 259 Absatz 3 Pr. O.

16) Artikel 260 Ziffer 2 Pr. O.

17) Abg. Prot. II, 113.

18) Artikel 260 Ziffer 2 Pr. O.

19) Abg. Prot. II, 113—114.

der Verfügung des Gerichtsvorstandes und der Tagfahrt kann eine Erledigung durch Vergleich, Abstand ꝛc. liegen, welche den Eintrag überflüssig macht. Aus dem Hauptverzeichniß wird die angemeldete Sache nachträglich ins Sitzungsverzeichniß aufgenommen [20]).

Dagegen ist es nicht Pflicht des betreibenden Theils, die Anmeldung zum Hauptverzeichniß schon vor der Tagfahrt zu bewerkstelligen. Dies kann noch während der Sitzung geschehen [21]), was namentlich vorkommen wird, wenn auf eine bestimmte Stunde des Tages geladen wurde, von welchem die Verfügung datirt.

---

20) Abg. Prot. II, 53.
21) Artikel 260 Ziffer 1 Pr. O.

## II. Abschnitt.

# Die erste Verhandlung der Sache.

# I. Hauptstück.

# Die mündliche Verhandlung der Sache.

## §. 309 [1]).

Die zur Verhandlung [2]) anberaumte Tagfahrt beginnt mit dem Aufruf der Sache [3]). Der Aufruf geschieht durch den diensthabenden Gerichtsvollzieher in der Folgeordnung der ihm von der Gerichtsschreiberei behändigten Aufrufsliste [4]). Diese ist ein getreuer Auszug aus dem nach Maßgabe der gesetzlichen Reihenfolge hergestellten Sitzungsverzeichnisse [5]). Das Nähere über die Reihenfolge des Aufrufs ist bereits in §. 304 bemerkt.

Indessen kann, wie der Zweck der Hinterlegungs=, so auch jener der Verhandlungstagfahrt vereitelt werden, gleichviel ob die Hinterlegung der Anträge in einer früheren Sitzung schon erfolgt ist oder nicht. (Artikel 259 – 261 der Pr. O.)

I. Circumductio termini. Streichung der Sache vom Hauptverzeichniß.

Ist beim Aufruf der Sache zur Verhandlung keiner der Anwälte erschienen und dem Gerichte auch kein Verhältniß bekannt geworden, wegen

---

1) Quellen zu Artikel 244 der Pr. O. sieh' bei §. 304, zu Artikel 245 bei §. 306, zu Artikel 253 bei §. 304.
Quellen zu Artikeln 249 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 35.
Abg. Prot. II, 22, 34—35, 120—121, 142, 450; IV, 71, 124.
R. Ref. I, 9; II, 110.
R. Prot. II, 31; IV, 35.
Quellen zu Artikel 254 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 96, 100—101, 122, 143; IV, 72—73, 76, 124.
R. Ref. I, 10; II, 112.
R. Prot. II, 34; IV, 35.

2) Pour plaider im, Gegensatz jener zur Hinterlegung der Anträge, pour poser les qualités. Bei Vorladung auf kurze Frist (§§. 307 und 308) findet die Tagfahrt für beide Zwecke statt.

3) Artikel 244 Pr. O. Vgl. über die Stunde des Aufrufs Artikel 207 Pr. O. und die §§. 270, 303, 305.

4) Vgl. Band I §. 264 S. 745 Ziffer 2.

5) Vgl. Band I §. 264 S. 739 lit. C Ziffer 2, auch Abg. Prot. II, 120.

dessen es sich veranlasst findet, die Sache von Amtswegen zu vertagen, so ist die Streichung vom Hauptverzeichnisse zu verfügen [6]). Die etwa früher hinterlegten Anträge werden zurückgegeben, da die Hinterlegung wirkungslos geworden ist.

Will die Sache späterhin wieder betrieben werden, so ist sie aufs Neue zum Hauptverzeichniß anzumelden und von da behufs Hinterlegung der Anträge in die Wochentabelle zu übertragen [7]). Wollen nur die früher hinterlegten Anträge neuerdings hinterlegt werden, so bedarf es der wiederholten Zustellung motivirter Anträge nicht. Die Vorschrift des Artikel 245 Absatz 2 der Pr. O. findet in jedem Falle nicht auf die früher sondern auf die neuhinterlegten Anträge Anwendung.

Als nicht erschienen ist auch der Anwalt zu betrachten, der in der Sitzung zwar gegenwärtig ist, aber, sei es überhaupt oder nach Verwerfung eines Vertagungsbegehrens in die Verhandlung nicht eintritt [8]).

Des Weiteren ist auf dasjenige zu verweisen, was für den analogen Fall der Circumducirung der Hinterlegungstagfahrt gesagt wurde [9]).

II. Ausbleiben eines Theils. Einseitige Verhandlung.

Ist nur ein Anwalt oder von mehreren aufgestellten Anwälten nur ein Theil erschienen, so ist gleichwohl in die Verhandlung einzutreten [10]), es sei denn, daß das Gericht sich z. B. in dem in §. 307 Ziffer 4 erwähnten Falle veranlasst findet, die Verhandlung von Amtswegen zu vertagen.

Wie in dem Falle, wenn die beiderseitige Hinterlegung der Anträge der Verhandlung vorausgieng [11]), das darauf ergehende Urtheil contradictorisch ist, auch wenn ein Theil bei der Verhandlung nicht erscheint oder nicht handelt: — so ist, wenn die Anträge beiderseits auch erst bei der Verhandlung hinterlegt worden sind, sobald dies geschehen, das darauf ergehende Urtheil ein contradictorisches, mag auch der eine oder andere Anwalt nicht der ganzen Verhandlung anwohnen [12]). Selbstverständlich wird hiebei wie im Falle des Artikel 245 Absatz 2 vorausgesetzt, daß nicht von dem anwesend gebliebenen Anwalte das Gesuch oder die Motivirung desselben wesentlich geändert wird u. s. w. Vgl. §. 306. Den Hauptfall der Anwendung dieser Vorschrift liefert der abgekürzte Anwaltsproceß [13]).

III. Erscheinen aller Anwälte. Vertagung [14]).

1) Im regulären wie im abgekürzten Anwaltsproceß kann, auch wenn alle Anwälte bei der Verhandlung erschienen sind, diese durch Vertagung vereitelt werden.

Die Vertagung kann von Amtswegen, ohne Gehör der Parteien, stets angeordnet werden, wenn das Gericht einen erheblichen Anlaß hiezu hat, z. B. die persönliche Einvernahme der abwesenden Parteien für nöthig hält.

Anlangend die Vertagung der Verhandlung auf Antrag der Parteien, so gelten hiefür die allgemeinen Vorschriften, jedoch mit

6) Artikel 245 Absatz 1 Pr. O.
7) Artikel 255 Pr. O.
8) Artikel 253 Pr. O.
9) §. 304 Ziffer II, 1.
10) Artikel 245 Absatz 2 init.
11) Artikel 245 Absatz 2 Pr. O. und §. 306.
12) Artikel 254 Pr. O.
13) §§. 307 und 308.
14) Vgl. hannöv. Prot. 124—127; Zink a. a. O. 156—167.

der Modification, daß, wenn die Hinterlegung der Anträge in einer früheren Sitzung erfolgt ist, die Verhandlung auch bei Einwilligung der Gegenpartei nur aus erheblichen Gründen zu vertagen ist[15]), m. a. W. daß die blose Vertagung auf Parteiübereinkunft allein nicht gefordert werden kann. Ueber die Gründe dieser Vorschrift vergl. §. 304 Ziffer II, 3 lit. a.

Allerdings können die Anwälte, welche übereinstimmend eine vom Gericht zurückgewiesene Vertagung wünschen, mittelbar zum Zwecke gelangen, wenn sie nicht in die Verhandlung eintreten. Indessen wird dann die Sache vom Hauptverzeichniß gestrichen und muß beim etwaigen Weiterbetrieb neuerdings dazu angemeldet werden, ein ebenso verzögerlicher als kostspieliger Ausweg, welchen der Anwalt gegenüber seiner Partei kaum zu verantworten vermöchte[16]).

Da die erwähnte Beschränkung nur stattfindet, wenn die Anträge in einer früheren Sitzung hinterlegt wurden, so leidet sie keine Anwendung in den Fällen des Artikel 241 Absatz 7 und der Artikel 259—261 der Pr. O.

Einen erheblichen Grund der Vertagung auf Parteibegehren bildet es, wenn der Antragsteller bisher außer Stand war, sich hinreichend für die Verhandlung vorzubereiten, sich die nöthigen Beweise zu verschaffen, z. B. Urkunden[17]), namentlich wenn er hiezu durch völlig neues Vorbringen in der Verhandlung genöthigt ist. In den in §. 297 Ziffer II und §. 299 Ziffer II init. erwähnten Fällen muß dem Vertagungsgesuche stattgegeben werden. Bei den Verhandlungen des Abg. Ausschusses wurde als erheblicher Vertagungsgrund auch die Verhinderung eines Anwalts angeführt, der z. B. mit einer Vertheidigung beim Schwurgerichte beauftragt ist oder einer in einer anderen Sache anberaumten Zeugenvernehmung anzuwohnen hat[18]). Doch dürfte zu bezweifeln sein, ob solche Abhaltungsgründe unter allen Umständen ein Recht auf Vertagung geben. Im Uebrigen ist, was die Erheblichkeit von Vertagungsgründen betrifft, §. 271 und §. 304 zu vergleichen. Ueber die Vertagung anläßlich von Streitverkündung und Gewährschaftsklage[19]) das Nähere im VIII. Buch.

2) Es versteht sich von selbst, daß die Vertagung sowohl vor Eintritt in die Verhandlung als auch während des Laufs der letzteren ausgesprochen werden kann, wenn sich erst hiebei ein bezüglicher Anlaß ergibt.

Der Vertagungsausspruch erfolgt durch Urtheil, welches nicht ausgefertigt wird[20]), übrigens die Festsetzung des neuerlichen Verhandlungstags mitzuenthalten hat[21]).

Wird die Tagfahrt zur Verhandlung, gleichviel ob von Amtswegen oder auf Antrag auf einen anderen Tag verlegt, so braucht, wenn dies in Gegenwart aller betheiligten Anwälte geschah, keiner den andern in die

15) Artikel 249 Pr. O.
16) Abg. Prot. II, 35, 281, 282.
17) Abg. Prot. II, 121.
18) Abg. Prot. II, 35.
19) Artikel 72 und 260 Ziffer 3 Pr. O.
20) Artikel 281, 293 Pr. O.
21) Artikel 249 Pr. O.

neue Sitzung laden zu lassen. Geschah aber die Verlegung in Abwesenheit eines der betheiligten Anwälte, so muß diesem durch den betreibenden Theil spätestens am Tage vor der anberaumten Sitzung eine Aufforderung zum Erscheinen in derselben zugestellt werden. Diese Verbindlichkeit fällt nur hinweg, wenn die Verhandlung wegen Mangel an Zeit zur Erschöpfung der Tagesordnung d. i. wegen anderer vordringlicher Sachen oder wegen des Umfangs der betreffenden Sache (Continuirung der Verhandlung) vom Vor- auf den Nachmittag oder den nächstfolgenden Tag oder im Falle des Artikel 241 Absatz 7 der Pr. O. auf eine spätere Stunde desselben Vor- oder Nachmittags verlegt wird [22]). Daß die Verlegung aus diesem Grund und zu diesem Zweck geschah, ist im Urtheil mitanzuführen. Im Falle der unter Ziffer I erwähnten Vertagung von Amtswegen ist der betreibende Theil hievon durch den Gerichtsschreiber zu verständigen.

## §. 310[1]).

Sind alle Anwälte erschienen und wird die Tagfahrt weder von Amtswegen noch auf Antrag verlegt, so kömmt es zur contradictorischen Verhandlung der Sache durch wechselseitigen mündlichen Vortrag der Parteianwälte unmittelbar vor dem erkennenden Gericht [2]).

Den Inhalt der Parteivorträge bilden die beiderseitigen Gesuche und die zu deren Motivirung und Rechtfertigung dienenden Behauptungen und Beweise, sowie die zur Bekämpfung des je gegnerischen Gesuchs abzugebenden Antworten, Gegenbehauptungen und Gegenbeweise, endlich die Rechtsausführungen für das eigene und wider das Gesuch des Gegners.

Ist ein Schriftenwechsel vorausgegangen, was die Regel bildet, so schließen sich die mündlichen Vorträge an diesen bezw. den in den hinterlegten Anträgen zusammengefassten status causae et controversiae naturgemäß an. Ist Vorladung auf kurze Frist erfolgt, so kann selbstverständlich ein solcher Anschluß nicht stattfinden.

Das gesammte Parteivorbringen bewegt sich unter richterlicher Leitung.

---

22) Artikel 252 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 246 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 23, 39, 120—121, 142, 450.
R. Ref. I, 9.
R. Prot. II, 31.
Quellen zu Artikel 247 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 23, 39, 120—121, 142, 450.
R. Ref. I, 9.
R. Prot. II, 31.
Quellen zu Artikel 248 Pr. O.
Abg. Ref. III, 35.
Abg. Prot. II, 39, 120—121, 142, 450; IV, 71, 124, 320, 340, 365.
R. Ref. I, 9; II, 110.
R. Prot. II, 31; IV, 34—35.

2) Ist ein Anwalt, dessen Antrag vorher hinterlegt wurde, nicht erschienen, so kömmt es nicht minder zur zweiseitigen Verhandlung (§. 306), wenn auch die Vertretung seinerseits ihren Ausdruck nur in einem Schriftstück findet; nur wenn von dem nichterschienenen auch ein Antrag früher nicht hinterlegt wurde, ist die Verhandlung eine einseitige.

Soviel im Allgemeinen. Die folgende Darstellung wird sich zunächst mit dem Gange der Verhandlung und dem Inhalte der Parteivorträge überhaupt (§. 310) beschäftigen. Die Beweisführung in der Verhandlung sowie das Beweisanerbieten in derselben erfordert eine besondere Betrachtung. (Hauptstück 2 u. 3, §§. 311 ff.)

I. In Ansehung der richterlichen Proceßleitung in der Sitzung ist das Nöthige bereits in den §§. 225 ff. gesagt.

II. Anlangend die Parteivorträge, so wird

1) die Verhandlung in der Regel mit dem Vortrage des klägerischen Anwalts begonnen. Derselbe verliest das Gesuch aus seinem hinterlegten Antrage, der ihm zu diesem Behuf zu übergeben ist[3]), und trägt sodann unter Ablesung des erheblichen Inhalts der benützten Urkunden die Motivirung seines Gesuchs in thatsächlicher und dessen Ausführung in rechtlicher Hinsicht vor. Der mündliche Vortrag darf nicht abgelesen, doch können schriftliche Notizen dabei benützt werden[4]). In Sachen, in welchen Anträge vorher nicht hinterlegt worden sind (§§. 306 und 307), schließt der mündliche Vortrag mit Ablesung des schriftlich abgefassten Gesuchs, welches dem Vorsitzenden übergeben wird.

In gleicher Weise folgt nun der Vortrag des beklagtischen Anwalts. Derselbe verliest sein Gesuch und schließt hieran in mündlicher Ausführung dessen Motivirung u. s. w.[5])

Der weitere Gang der Verhandlung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des V. Hauptstücks der Pr. O.[6]) Insbesondere bleibt von den vorerwähnten Bestimmungen über die Reihenfolge des Vortrags jene allgemeine Vorschrift des Artikel 158 der Pr. O. unberührt, wonach keiner Partei, gegen welche neue Thatsachen oder Rechtsgründe vorgebracht wurden, das Wort zur Erwiderung versagt werden soll. Vgl. §. 232[7]).

Bedingt die besondere Natur des Streitverhältnisses eine Abweichung von der obigen Reihenfolge, z. B. wenn es sich zunächst um Präjudicialpuncte, privilegirte Einreden 2c. handelt, so wird die Reihenfolge der Vorträge nach den Erfordernissen der Zweckdienlichkeit gestellt, der beklagtische Anwalt zuerst zum Worte gelassen u. s. f.[8]) Ist der Proceß oder die Verhandlung dadurch eigenthümlich gestaltet, daß zur Partei weitere Hilfspersonen hinzutreten, z. B. Nebenintervenienten, so haben die Vertreter dieser das Wort nach dem Anwalte desjenigen, für welchen intervenirt wird. Im Falle des Artikel 80 der Pr. O. bleibt immerhin die Verlesung und Uebergabe der Gesuche Sache des betreffenden Anwalts.

Hinsichtlich der inneren und äußeren Form der Parteivorträge ist auf das in den §§. 167 ff. und 255 ff. Bemerkte zu verweisen.

Den Inhalt der Vorträge bestimmt die Sachlage.

Jene formale Ausscheidung, welche sich in den Schriftsätzen des

3) Vgl. §. 305.
4) Artikel 246 Absatz 1, 2 Pr. O.
5) Artikel 246 Absatz 3 Pr. O.
6) Artikel 246 Absatz 4 Pr. O.
7) Abg. Prot. II, 120.
8) Artikel 246 Absatz 1 Pr. O.

deutschen Processes in der Art findet, daß zunächst die Klage und nur diese, dann die Klagsbeantwortung, dann hinwieder die Antwort hierauf u. s. f. zum Vortrag gelangt, kann auf eine mündliche Verhandlung nicht angewendet werden, für welche der status causae et controversiae schon in den hinterlegten Anträgen resultativ zusammengefasst ist. Der klägerische Anwalt, der z. B. aus diesen Anträgen schon weiß, daß seine Klagsbehauptungen völlig unbeanstandet sind und daß es sich nur um die Richtigkeit einer Einrede handelt, würde gewiß übel daran thun, seinen ersten Vortrag auf die Klagsbehauptungen zu beschränken und sich den Anschein zu geben, als sei ihm der eigentliche Kern des Streites unbekannt.

In Ansehung des parteilichen Fragerechts ist auf §. 226 zu verweisen.

2) Zu den unter Ziffer 1 erläuterten allgemeinen Bestimmungen fügt das Gesetz zwei Sondervorschriften.

Werden im Verlaufe der Verhandlung neue Gesuche gestellt oder an den gestellten Gesuchen Aenderungen vorgenommen, so sind dieselben nach geschehener Verlesung dem Vorsitzenden schriftlich zu übergeben und hat letzterer den Tag der Uebergabe unter Beifügung seines Namenszugs darauf zu bemerken [9]). Eine Motivirung hat das Schriftstück nicht zu enthalten. Zweckmäßig möchte es sein, die betreffenden Aenderungen oder Zusätze auf die früher hinterlegten Anträge selbst zu setzen, wozu der Vorsitzende nur den Tag der Aenderung zu bemerken hätte.

Hat eine Partei im Laufe der Verhandlung Klaggründe oder Einreden zurückgezogen, solche zugestanden oder selbst Anerkenntnisse oder Anerbieten [10]) gemacht, so kann die Gegenpartei darüber Urkunde vom Gericht verlangen. Der Antrag ist wie andere Anträge zu verlesen und zu übergeben. Vor der Beurkundung muß die andere Partei darüber gehört werden [11]). Wird von ihr hiebei das Geständniß 2c. zurückgenommen, geändert, als Mißverständniß erklärt, so entfällt die Beurkundung. Quisquis verborum suorum optimus interpres. Eine Hascherei nach Zugeständnissen will das Gesetz nicht begünstigen. Bleibt die Partei bei ihrem Geständniß 2c., so kann dessen Beurkundung im Urtheil über die Hauptsache, aber auch mittels Separateintrag im Urtheilsbuch geschehen, etwa dahin:

„Das Gericht ertheilt auf Antrag des Beklagten und nach An-
„hörung des Klägers Urkunde darüber, daß u. s. w.

Es ist bemerkenswerth, daß das Wort „Partei" im Artikel 248 der Pr. O. bald in engerem, bald in weiterem Sinne gebraucht ist. Hier nämlich, wie in allen anderen Fällen, wo von Partei die Rede ist, kann die Partei nur in der Art auftreten, in welcher ihr Auftreten gesetzlich gestattet ist. Anerkenntnisse, Zugeständnisse u. dgl. Er-

9) Artikel 247 Pr. O.
10) Abg. Prot. II, 39.
11) Artikel 248 Pr. O.
12) Artikel 281 Absatz 3 Pr. O.

klärungen kann nicht blos der Anwalt, sondern auch jede Partei persönlich abgeben; Urkunde hierüber verlangen, überhaupt Anträge an das Gericht stellen, kann in der Regel nur der Anwalt. Wo ausnahmsweise der Partei gestattet ist, persönlich Anträge zu stellen, kann sie dies auch im Falle des Artikel 248. Soweit ihr eine persönliche Antragstellung nicht gestattet ist, kann solche auch im Falle des Artikel 248 nur durch deren Anwalt geschehen [13]). Die ganze Vorschrift dieses Artikels ist dem preuß. Entwurf entnommen [14]). Sie war nothwendig, weil kein Sitzungsprotokoll geführt wird und bezügliche Constatirungen im Urtheil nur für jene Fälle ausreichen, welche sehr einfach sind oder in welchen das Urtheil sofort auf die Verhandlung folgt [15]). Selbverständlich ist übrigens die Wirksamkeit von Geständnissen ꝛc. nicht davon bedingt, daß hinsichtlich derselben Urkunde begehrt wird. Auch wenn Letzteres unterlassen wird, müssen sie im Urtheil angemessen berücksichtigt werden.

III. Ueber die Conclusionen des Staatsanwalts vgl. §. 28.

## II. Hauptstück.

# Die Beweisführung in der Verhandlung.

## I. Capitel.

### Urkundenproduction [1]).

### §. 311.

Das Princip der Verbindung der Beweise mit den Thatsachen [2]) findet seine volle Verwirklichung in der Verhandlung.

Wie die in den Schriftsätzen niedergelegten Behauptungen, so müssen auch die im Vorverfahren anerbotenen Beweise in der Verhandlung mündlich geltend gemacht werden. Dies ergibt sich aus dem Charakter des Schriftenwechsels als blosem Vorläufer der Verhandlung, wie aus der Gleichstellung der Beweise mit den Thatsachen.

---

13) Abg. Ref. III, 35; Abg. Prot. IV, 71; R. Prot. III, 35.
14) §. 314 des preuß. Entw.
15) Abg. Prot. II, 39.
1) Quellen zu Artikel 329 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 118; III, 44—45.
Abg. Prot. II, 149—151, 170, 326, 327, 354; IV, 89, 93, 133.
R. Ref. I, 20; II, 141—142.
R. Prot. II, 113; IV, 43.
Quellen zu Artikel 370 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 138—139; III, 47.
Abg Prot. II, 205, 297, 298, 314, 334, 359; IV, 94, 137.
R. Ref. I, 21; II, 154.
R. Prot. II, 172; IV, 44.
Vgl. §§. 182, 184—190, 239—249, 283, 295—299.
Mot. z. Rg.Entw. S. 584—585; hannöver. Prot. 2749—2758, 2365—2620; Zink a. a. O. I, 413—466; Arnold a. a. O. 107—116; Bayer a. a. O. §. 250
2) §. 283 Ziffer IV.

Natürlich gilt der erwähnte Grundsatz nur soweit, als auf den im Schriftenwechsel geltend gemachten Beweisen bestanden werden will und als diese nach der durch die Verhandlung festgestellten Sachlage noch nothwendig sind[3]). Anderseits findet er auch Anwendung auf bisher nicht angebotene Beweise, insofern solche durch das Ergebniß der Verhandlung erst erforderlich werden oder im Schriftenwechsel übergangen wurden oder im Verfahren ohne Schriftenwechsel[4]) vorläufig überhaupt nicht geltend gemacht werden konnten.

Anlangend die Art der Verbindung der Beweise mit den Thatsachen in der Verhandlung, so würde, da hier die Sache bereits vor dem entscheidenden Richter versirt, die absolute Regel aufzustellen sein, daß in der Verhandlung mit sämmtlichen Behauptungen auch die gesammten Beweise sofort producirt werden müssen. Indessen sind die einzelnen Beweismittel doch insoferne von einander verschieden, als zwar die einen ohne Weiteres producirt werden können, weil sie sich parat und sofort benützbar in den Händen des Producenten befinden, wie Urkunden, — andere aber nicht, weil sie ihrer Natur nach keineswegs in gleich leichter Weise zur Stelle gebracht, vielmehr nur vermittlungsweise herbeigeschafft werden können, wie Zeugen, Sachverständige. Auch der Eid ist zu den letzteren zu rechnen, da aus guten Gründen eine sofortige Eidesabnahme für die Regel ausgeschlossen ist. Der Beweis mit Augenschein ist unter Umständen sofort realisirbar, doch bildet dies die Regel nicht.

Demgemäß gibt das Gesetz die Doppelvorschrift:

1) Die nicht sofort producirbaren Beweismittel sind in der Verhandlung mindestens der Art nach anzugeben. Beweisanerbieten[5]). Hievon das Nähere in §. 314 ff.

2) Urkunden sind bei der Verhandlung sofort zu produciren d. h. ohne bezügliches Interlocut in Urschrift vorzulegen. Nur unter besonderen Umständen finden hievon Ausnahmen statt[6]). Hierin stellt sich das Princip der Verbindung der Beweise mit den Thatsachen am reinsten dar. Daß dafür der Ausdruck „Beweisantecipation" nicht zutreffend ist, wurde früher erwähnt[7]). Diese Bezeichnung drückt ein Ausnahmsverhältniß aus; die mit dem Vorbringen der Thatsachen verbundene Beweisproduction ist aber Regel, die der Geltendmachung der Thatsachen nachfolgende die Ausnahme. Das Nähere bezüglich der Urkundenproduction in der Verhandlung in §. 312 ff.

Unter gewissen Voraussetzungen kann auch der Augenschein mit Umgehung eines bezüglichen Interlocuts sofort in der Verhandlung eingenommen werden. Zwar soll nach Artikel 397 Absatz 1 der Pr. O. Ort und Zeit des Augenscheins auch im Fall seiner Vornahme durch das ganze Gericht im Beweisurtheile festgesetzt werden, woran sich die Urtheilsausfertigung und Zustellung, die Errichtung eines Befundprotokolls bei der Tagfahrt, endlich die Wiederverbringung der Sache zur Verhandlung nach Artikel 344 zu schließen hat. Allein die Vorschrift des Artikel 397 Absatz 1

3) Artikel 324 Absatz 1, Artikel 370 Absatz 1 Pr. O.
4) Artikel 259—261 Pr. O.
5) Artikel 324 Absatz 1 Pr. O.
6) Artikel 370 Absatz 1, Artikel 329 Pr. O.
7) §. 283 Ziffer IV.

ist keine absolute. Dem erwähnten förmlichen Verfahren steht ein anderes formloses gegenüber, welches eingeschlagen werden kann, wenn alle betheiligten Anwälte sich damit einverstanden erklären. Augenschein von kurzer Hand.

Dieses formlose Verfahren wickelt sich höchst einfach ab.

Ist Augenscheinseinnahme vom Gerichte beabsichtigt oder von den Parteien bei der Verhandlung beantragt und seitens der Anwälte in die formlose Vornahme gewilligt: so unterbleibt zunächst ein bezügliches Beweisurtheil, womit Ausfertigung und Zustellung desselben gegenstandslos werden. Das Gericht beschließt die Unterbrechung der Verhandlung behufs sofortiger Augenscheinseinnahme und unmittelbarer Fortsetzung der ersteren, nachdem letztere stattgefunden. Ist der betreffende Gegenstand in den Sitzungssaal schon gebracht oder ohne Weiterungen dahin verbringbar, so geschieht die Einsichtnahme hier sofort. Andernfalls begibt sich das ganze Gericht mit dem Gerichtsschreiber, allenfalls auch dem Staatsanwalt und den Parteianwälten an Ort und Stelle[8]), nimmt Einsicht vom Gegenstand, setzt in das Sitzungslocal zurückgekehrt die Verhandlung fort, als wenn die Augenscheinseinnahme in der Sitzung selbst stattgefunden hätte[9]), und erläßt, wenn nicht sonstige Hindernisse entgegenstehen, das endliche Urtheil. Die Constatirung darüber, daß in solcher Weise die Verhandlung unterbrochen, Augenschein eingenommen und zum Schluß verhandelt wurde, sowie darüber, welchen Befund der Augenschein ergab rc., geschieht im thatsächlichen Theil der Entscheidungsgründe bezw. in der Sachverhaltsdarstellung; ein eigenes Befundprotokoll wird nicht errichtet, vielmehr das bei der Einsichtnahme gewonnene Material bei der Verhandlung unmittelbar benützt.

Die Pr. O. enthält eine ausdrückliche Bestimmung über die Zuläßigkeit solch' formlosen Verfahrens nicht, weil sie die letztere bei gegebener Zustimmung der Anwälte als selbstverständlich betrachtet, während, wenn diese Einwilligung fehlt, nur das förmliche Verfahren nach Artikel 397 und 398 stattfinden darf. In der That bietet die formlose Procedur manche Vortheile. Beim förmlichen Verfahren nach Artikel 397 und 398 mit Artikel 344 vergehen jedesmal wenigstens einige Wochen bis die Sache wieder zur Verhandlung kommt. Die Unmittelbarkeit und Frische des Eindrucks bei Richtern und Anwälten geht verloren, ja es ist der Fall nicht undenkbar, daß der eine oder andere Richter oder Anwalt, welcher bei der Augenscheinseinnahme noch gegenwärtig war, bei der Verhandlung nicht mehr mitwirken kann[10]).

## §. 312.

I. Ein Urtheil auf Beweisführung durch Urkunden, welche von der einen oder anderen Partei als Beweis= oder Gegenbeweismittel benutzt werden wollen, darf

1) in der Regel nicht erlassen werden[1]). Die Production hat bei

8) Vorausgesetzt, daß sich dieser Ort am Gerichtssitz oder in dessen unmittelbarer Nähe befindet. Andernfalls ist Augenscheinserhebung von kurzer Hand nicht angezeigt.

9) Artikel 344 Absatz 1 Pr. O.

10) R. Ref. I, 73—74; R. Prot. II, 172—176.

1) Artikel 329 Absatz 1 Pr. O.

der Verhandlung ohne vorgängiges Interlocut auf Zulassung und Erhebung von Urkundenbeweis sofort zu geschehen, ein selbständiges Beweisverfahren ist ausgeschlossen [2]).

Bei dieser Regel bleibt es auch dann, wenn eine Partei die zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen Urkunden bei der Verhandlung nicht besitzt und sich angewendeten Fleißes ungeachtet bis dahin nicht verschaffen konnte [3]) oder wenn sich die Nothwendigkeit ihrer Geltendmachung erst aus der Verhandlung ergibt [4]), während sie dem Producenten nicht zur Hand sind und dem Gegner noch nicht mitgetheilt werden konnten.

Da in solchen Fällen die sofortige Production bezw. Verhandlung über die vorgelegte Urkunde unthunlich erscheint, so ist auf Antrag Vertagung zu bewilligen und die Frist zur Mittheilung der Urkunden an den Gegner des Producenten festzusetzen [5]).

Handelt es sich darum, die Urkunde erst herbeizuschaffen [6]), so ist im Vertagungsurtheil die einstweilige Aussetzung des Verfahrens in der Hauptsache gemäß Artikel 388 Absatz 2 und Artikel 392 der Pr. O. zu verfügen; denn es ist nicht immer leicht, sich eine Urkunde zu verschaffen, von deren Existenz man Kenntniß hat [7]). Andernfalls ist im Urtheil sogleich eine spätere Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung zu bestimmen.

Hierin liegt eine wesentliche und wichtige Neuerung gegenüber dem bisherigen diesrheinischen Recht. Allerdings würde in Fällen, in welchen die Beibringung der Urkunde momentan nicht, sondern erst nach Umfluß einiger Zeit möglich ist, die Erlassung eines Interlocuts auf Urkundenbeweis vielleicht die Sache nicht länger verzögern, als eine Vertagung auf geraume Zeit. Jedenfalls aber würden dabei mehr Kosten erwachsen, als bei einem einfachen Vertagungsurtheil, welche vermieden werden wollten [8]).

2) Ausnahmsweise darf auf Urkundenbeweis interloquirt werden, wenn besondere Verhältnisse es der Sachlage angemessen erscheinen lassen [9]).

Ob solche besondere Verhältnisse gegeben seien, welche die Erlassung eines Beweisurtheils nach den Umständen nothwendig oder für die beweispflichtige Partei wenigstens dienlich erscheinen lassen, steht im richterlichen Ermessen. Die Ausnahme kann z. B. Platz greifen, wenn neben Urkunden noch andere Beweismittel, Zeugen etc. angeboten wurden und vom Urkundenbeweise abgesehen wegen der ande-

---

2) R. Ref. II, 141—142.
3) Vgl. Artikel 386 und 388 Pr. O.
4) Diese Nothwendigkeit kann sogut für den Kläger in Folge von Erklärungen seines Gegners von Widerklagen, als für den Beklagten eintreten. Der erstere hat allerdings zumeist die Absicht der Proceßverzögerung nicht. Wohl aber kann hiezu der Artikel 329 der Pr. O. vom Beklagten leicht mißbraucht werden. Man erachtete die Oeffentlichkeit der Verhandlung und die Bestimmungen über Kostentragung für ein ausreichendes Präservativ.
5) Artikel 329 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Artikel 172 Abs. 4 und §§. 295 ff.
6) §§. 219—222.
7) Abg. Prot. II, 150.
8) Argum. Abg. Prot. II. 150.
9) Artikel 329 Absatz 1 Pr. O.

ren Beweismittel doch interloquirt werden müßte, weil der erstere nicht hinreicht die Sache zum Endurtheil zu bereifen, oder wenn bei Häufung des Beweismaterials, namentlich beim künstlichen Beweise das Productionsverfahren ohne Verwirrung der Sache sich nicht mit der Verhandlung verbinden läßt [10]).

Die Entscheidung darüber, ob ausnahmsweise ein Interlocut auf Urkundenbeweis erlassen werden soll, ist übrigens nicht mit der Entscheidung über die Frage zu verwechseln, ob, wenn es in dieser Hinsicht bei der Regel belassen werden will, dem Begehren des Producenten auf Vertagung der Verhandlung behufs späterer Production rc. stattzugeben sei. Die ersterwähnte Entscheidung gründet auf die objective Sachlage, die letzterwähnte auf die subjectiven Verhältnisse des Antragstellers. Dort gibt den Ausschlag, ob die Proceßführung ohne Interlocut geeignet bethätigt werden könne oder nicht. Hier sind die für Vertagungen der Verhandlung bestehenden allgemeinen Vorschriften maßgebend, welche erhebliche und unverschuldete Hinderungsgründe auf Seite des Antragstellers voraussetzen [11]). Als solche bezeichnet das Gesetz ausdrücklich nur zwei, die Unmöglichkeit, eine Urkunde trotz entsprechend angewendeten Fleißes rechtzeitig beizuschaffen, und den Fall, in welchem eine Partei ohne ihr Verschulden erst bei der Verhandlung in die Lage gebracht wurde, eine Urkunde benützen zu müssen, deren Entbehrlichkeit sie nach der früheren Sachlage annehmen durfte [12]).

Bei den Verhandlungen des Abg. Ausschusses glaubte man endlich noch vor dem Mißverständnisse warnen zu müssen, als ob nach Artikel 329 Absatz 1 der Urkundenbeweis überhaupt nur zuläßig sei, wenn besondere Verhältnisse denselben angemessen erscheinen lassen. Vielmehr sei der Sinn jener Bestimmung der, daß in der Regel kein besonderes Beweisverfahren zum Behufe der Erhebung des Urkundenbeweises stattfinden dürfe, sondern diese mit der betreffenden Verhandlung zu verbinden sei [13]).

II. Die Vorlage der Urkunden d. h. deren Production vor Gericht erfolgt in der Sitzung [14]).

Diese Vorschrift besteht unabbrüchig der Bestimmungen der Artikel 172, 230 und 242 der Pr. O. [15]).

Sie drückt vor Allem aus, daß keinerlei Urkundenproduction vor einem beauftragten Richter stattfinden soll [16]). Hievon machen Handelsbücher und Tagebücher der Mäkler eine Ausnahme, wenn sie sich an einem Orte befinden, welcher nicht zum Sprengel des Proceßgerichts gehört [17]), desgleichen andere Bücher, deren Versendung zum Behufe der Production nicht thunlich erscheint, z. B. Hypotheken-, Grundbücher rc. Das Gericht, in dessen Sprengel diese Bücher sich befinden, muß um die Vornahme der Production requirirt werden. Die Requisition ist gegebenen Falls vom Producenten zu beantragen, mittels Urtheils zu verfügen und

10) Abg. Prot. II, 150.
11) Artikel 249 Pr. O.
12) Abg. Prot. II, 150.
13) Abg. Prot. IV, 93.
14) Artikel 370 Absatz 1 Pr. O.
15) Abg. Prot. II, 205 und 314.
16) Abg. Prot. II, 334.
17) Artikel 39 und 79 des H. G. B.

der Vollzug des letzteren vom Antragsteller nach allgemeinen Grundsätzen zu betreiben [18]). In wieweit der Inhalt der Handelsbücher der Gegenpartei und dem Gerichte bei der Production offen zu legen ist, wurde schon früher bemerkt [19]).

Die allgemeine Fassung des Artikel 370 Absatz 1 läßt ferner entnehmen, daß die d. h. alle Urkunden ohne Unterschied, ob mit denselben Haupt- oder Gegenbeweis, mittelbarer oder unmittelbarer Beweis geführt werden will, in der Sitzung des aburtheilenden Gerichts zu produciren sind.

Der Frage, ob Urschriften vorgelegt werden müssen oder ob Ausfertigungen und Abschriften genügen, wird durch Artikel 370 Absatz 1 nicht präjudicirt. In letzterer Richtung ist lediglich der Artikel 367 der Pr. O. maßgebend. Dieser Artikel bestimmt, was, jener, daß überhaupt zu produciren sei. Darum ist in Artikel 370 der allgemeine Ausdruck „Urkunden" gebraucht, welcher Urschriften, Ausfertigungen und Abschriften umfaßt [20]).

Der Artikel 370 Absatz 1 bestimmt endlich, daß die Vorlage der Urkunden in der Sitzung zu geschehen habe. In welcher Sitzung, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Ist auf Urkundenbeweis ausnahmsweise interloquirt, so erfolgt sie in der zur Beweisaufnahme bestimmten Sitzung. Andernfalls kann sie in jeder zur Verhandlung bestimmten Sitzung bethätigt werden, nach dem zuvor die Mittheilung der Urkunde an den Gegner des Producenten stattgefunden hat. §§. 295 ff. [21]).

## II. Capitel.

## Erklärung des Producten [1]).

### §. 313.

Spätestens in der Sitzung, in welcher die Urkunde gegen sie vorge-

18) Vgl. §. 114.
19) Vgl. überhaupt §. 219, §. 239 Ziffer II, §. 296.
20) Abg. Prot. II, 205.
21) Abg. Prot. II, 334.
1) Quellen zu Artikel 370, 372 und 374 sieh' bei §§. 187 und 311.
Quellen zu Artikel 371 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 138—139; III, 48.
Abg. Prot. II, 205, 297, 298, 314, 334, 359; IV, 94, 137.
R. Ref. I, 21; II, 154.
R. Prot. II, 172; IV, 44.
Quellen zu Artikel 375 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 138—139.
Abg. Prot. II, 204—205, 297, 299, 315, 334, 335, 359.
R. Ref. I, 21.
R. Prot. II, 172.
Quellen zu Artikel 376 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 139—141; III, 48.
Abg. Prot. II, 205—206, 297, 299, 315, 334, 335, 359; IV, 94, 98, 99, 138.
R. Ref. I, 21; II, 154—155.
R. Prot. II, 172; IV, 44.
Quellen zu Artikel 377 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 140—141; III, 48.

legt wird, haben die Parteien bei Meidung des Ausschlusses rc. [2]) ihre Einreden gegen die Statthaftigkeit der Production wie gegen die Zulässigkeit und Erheblichkeit der producirten Urkunde vorzutragen und zugleich sich über die Aechtheit oder Unächtheit (Falschheit) derselben zu erklären [3]).

I. Die soeben erwähnten Beweiseinreden sind entweder processuale oder materielle.

1) Zu den ersteren gehören vorzugsweise die aus unterlassener Urkunden- oder verweigerter Actenmittheilung hergeleiteten Einreden des Ausschlusses der betreffenden Urkunde von der Verhandlung oder der nothwendigen Vertagung der letzteren zum Behufe späterer Erklärung des Producten. Vgl. §§. 295—299.

2) Die materiellen Einwendungen gegen die Zulässigkeit und Beweiserheblichkeit der Urkunde sind natürlich der mannigfaltigsten Art. Sie gründen sich auf den Mangel eines nothwendigen Erfordernisses der Urkunde. Vgl. §§. 184—186, 188—190.

Streitigkeiten über die Verbindlichkeit des Producten, sich auf die Verhandlung einzulassen, über die Zulässigkeit und Erheblichkeit der Urkunde dürfen nicht in der Art interlocutorisch entschieden werden, daß darauf ein selbständiges Beweisverfahren zu folgen hätte.

Daß die vorbezeichneten Proceßeinreden nicht in einer späteren (nicht blos continuirten) Verhandlung nachgeschleppt werden können, ist für sich klar. Materielle Eingelenke gegen die Zulässigkeit und Erheblichkeit einer Urkunde sind bis zum Schlusse jener Verhandlung statthaft, welche der endlichen Entscheidung darüber unmittelbar vorhergeht.

II. Anlangend die Erklärung über die Aechtheit der vorgelegten Urkunde, so hat diese zwar

1) gleichfalls und spätestens [4]) in der Sitzung zu erfolgen, in welcher die Production geschieht. Werden Einreden gegen die Erheblichkeit oder Zulässigkeit der vorgelegten Beweisurkunden vorgebracht, so befreien diese nicht von der Verbindlichkeit zur Erklärung über die Aechtheit. Vielmehr ist die letztere mit den ersteren in eventueller Weise zu verbinden.

Doch kann das Gericht aus besonderen Gründen, wenn er es beantragt [5]), dem Producten gestatten, die Erklärung über die Aechtheit erst nach erfolgter Entscheidung über die erhobenen Einwendungen abzugeben [6]). Als ein solcher besonderer Grund ist die offenbare Unerheblichkeit oder Unzulässigkeit der Urkunde zu betrachten. Die Absicht des Gesetzes ist die Anerbietung des in solchen Fällen voraussichtlich überflüssigen Aechtheits- oder Falschheitsbeweises, welche gegebenen Falls für die Regel sofort zu geschehen hätte [7]), zu er-

---

Abg. Prot. II, 205—206, 297, 299, 315, 334, 335, 359; IV, 94, 138.
R. Ref. I, 21; II, 155.
R. Prot. II, 172; IV, 44.

2) Vgl. das folgende Hauptstück 4.
3) Artikel 370 Absatz 2 Pr. O.
4) „Spätestens" mit Rücksicht auf die bezügliche Erklärung im Schriftenwechsel, die übrigens in der mündlichen Verhandlung wiederholt werden muß.
5) Nicht von Amtswegen.
6) Artikel 370 Absatz 4 Pr. O.
7) Artikel 376 Pr. O.

sparen. Natürlich kann das Gericht, wenn es sich, nachdem die Verhandlung auf Beweiseinreden beschränkt wurde, bei der Berathung überzeugt, daß die Urkunde zulässig und erheblich ist, die Verhandlung sogleich wieder aufnehmen und die Erklärung über die Aechtheit ꝛc. verlangen [8]). Hält der Probat die Unerheblichkeit oder Unzulässigkeit der Urkunde für ganz zweifellos, so kann er den bezüglichen Antrag wie die Erklärung über die Aechtheit unterlassen, hat aber die gesetzliche Folge dieser Unterlassung zu gefahren, wenn seine Ansicht später vom Gerichte nicht getheilt wird [9]).

Von selbst versteht sich, daß der Product, wenn er durch besondere Umstände an der sofortigen Erklärung über die Aechtheit ꝛc. gehindert ist, Vertagung der Verhandlung nachsuchen kann. Das Vertagungsgesuch ist nach allgemeinen Grundsätzen zu verbescheiden, also nur aus erheblichen Gründen zu bewilligen [10]). Die blose Behauptung des Anwalts, nicht zu wissen, ob seine Partei die Urkunde anerkenne, ist kein Vertagungsgrund.

2) In Ansehung des Inhalts der Erklärung über die Aechtheit ꝛc. unterscheidet die Pr. O. zwei Fälle [11]).

Bei öffentlichen und solchen Privaturkunden, welche vom Producten selbst ausgestellt sein sollen, hat sich dieser über die Anerkennung oder Nichtanerkennung d. i. zu erklären, ob die Urkunde von demjenigen herrühre, der sie ausgestellt haben soll [12]). Erklärung de veritate.

Handelt es sich aber um eine Privaturkunde, welche nicht vom Producten, sondern von einem Dritten ausgestellt sein soll, so kann sich der erstere auf die Erklärung beschränken, daß er nicht wisse, ob die Urkunde von dem Dritten herrühre. Er hat damit, wenn die Urkunde von seinem Rechtsvorfahrer oder sonst von einer Person herrühren soll, für deren Handlung er haftbar ist, die Erklärung zu verbinden, daß er nach sorgfältiger Benützung der ihm zu Gebote stehenden Ueberzeugungsmittel die Urkunde als ächt anzuerkennen nicht vermöge [13]). Durch die Fassung der Worte „oder sonst „einer Person, für deren Handlung er haftbar ist", unterscheidet sich die Bestimmung des Artikel 371 Abs. 1 von jener in dem Artikel 355 Abs. 2 und Artikel 358 Abs. 1 Pr. O., wo gesetzt ist, „welche er durch „seine Handlungen verpflichten kann". Das Gesetz will hier sagen, daß die Verpflichtung zu der vorbezeichneten weiteren Erklärung nur davon

---

8) Artikel 274, 328 Pr. O.
9) Abg. Ref. II, 139; Abg. Prot. II, 205.
10) Vgl. Artikel 242, 249; §§. 271, 309.
11) Der hannöverische Entwurf macht noch eine weitere Unterscheidung neben jener zwischen öffentlichen und Privaturkunden (hannöver. Prot. 2555—2556); er unterscheidet nämlich auch zwischen namentlich unterschriebenen und zwischen gar nicht unterzeichneten oder blos mit Handzeichen versehenen Urkunden. Bei letzteren stellt er es in's richterliche Ermessen, ob sich der Product über die Aechtheit zu erklären habe. (Hannöv. E. §§. 372, 373; hannöver. Prot. 2752—2753). Die bayr. Pr. O. fordert in allen Fällen die Erklärung über die Anerkennung der Aechtheit.
12) Artikel 370 Absatz 2 Pr. O.
13) Artikel 371 Absatz 1 Pr. O.

abhängt, ob der Product im gegebenen Falle für die Handlung des Dritten haftbar ist. Hieher gehören also auch Gläubiger, welche im concreten Fall die vorgenommene Handlung des Schuldners, überhaupt Personen, welche die Rechtsacte eines Anderen gegen sich unter den obwaltenden besonderen Verhältnissen wirken lassen müssen, mag jener Dritte auch im Allgemeinen nicht befugt sein, durch seine Handlungen den Producten zu verpflichten [14]). Der Codex jud. [15]) machte die eben erwähnte Unterscheidung nicht, sondern verlangte ganz allgemein neben der Erklärung über das „Nichtwissen" auch jene über das „Nichtglauben". So weit geht die neue Civilproceßordnung nicht [16]).

Ist übrigens die Urkunde von einem Dritten ausgestellt, von welchem der Beweisführer sein Recht im Verhältnisse zu der Gegenpartei ableitet oder welcher bei Ausstellung der Urkunde im Namen der Gegenpartei gehandelt hat, so kann der Beweisführer diesen Dritten zur Anerkennung der Urkunde beiladen lassen [17]). Diese Beiladung ist nicht mit einer Ladung des angeblichen Ausstellers als Zeugen zu verwechseln. Eine solche ist zwar dem Producenten unbenommen; allein diese hat nach den allgemeinen Vorschriften über das Anerbieten des Aechtheitsbeweises und über Zeugenvernehmung 2c. zu geschehen. Artikel 371 Absatz 2 aber hat die Beiladung des Dritten als Nebenpartei im Auge. Allerdings erfolgt diese Beiladung nicht zum Zweck der Theilnahme am Proceß, sondern nur zur Abgabe der Erklärung über die Aechtheit der Urkunde, es sei denn es würde gegen den angeblichen Aussteller zugleich Streitverkündung und Gewährschaftsklage erhoben. Auch wird der Dritte, selbst gegenüber einer blosen Beiladung im Sinne des Artikel 371 Abs. 2, nicht selten Befugniß und Anlaß zur Nebenintervention haben [18]). Die Beiladung nach Artikel 371 ist nicht erst zulässig, wenn die Productionsverhandlung stattfindet, sondern schon im Laufe des schriftlichen Vorverfahrens, wenn der Product hier eine Erklärung des in Artikel 371 Absatz 1 bezeichneten Inhalts abgegeben hat. Nur der angebliche Aussteller selbst, nicht aber seine Rechtsnachfolger können für ihn beigeladen werden. In der Ladung ist derselbe aufzufordern, in Gemäßheit der allgemeinen Bestimmungen einen Anwalt zu bestellen, durch diesen vor Gericht zu erscheinen und sich hier über die betreffende Urkunde zu erklären, widrigenfalls diese als von ihm anerkannt erachtet würde [19]). Erscheint der Beigeladene nicht, so ist gegen ihn das angedrohte Präjudiz auf Antrag mittels Versäumungsurtheils zu verwirklichen und derselbe in die erwachsenen Kosten zu verfällen. Entspricht er der Ladung und gibt seine Erklärung ab, so hat ihm der Beweisführer die bezüglichen Kosten zu ersetzen, vorbehaltlich der Entscheidung über die Tragung

14) Abg. Prot. II. 314.
15) cap. XI §. 8 Nr. 6.
16) Abg. Prot. II, 205.
17) Artikel 371 Absatz 2 Pr. O.
18) Abg. Prot. II, 247.
19) Abg. Ref. II, 35—36; Abg. Prot. II, 247. Hievon verschieden ist der Fall des Artikel 381.

dieser Kosten unter den Hauptparteien. Ein weiteres Verfahren gegen den Beigeladenen, insbesondere Eideszuschiebung an denselben &c. findet nicht statt.

3) Welche Wirkung für die Hauptparteien unter sich und in ihrem Verhältniß zum Beigeladenen dem Ungehorsame des Letzteren[20]) oder seiner abgegebenen Erklärung über Aechtheit und Inhalt der Urkunde beizumessen sei, namentlich inwieferne die Anerkennung der Urkunde wider die Gegenpartei beweise, hat das Gericht nach der Stellung und dem Rechtsverhältnisse der Parteien zu beurtheilen[21]).

In seinem Verhältnisse zu den Hauptparteien muß der Dritte den Inhalt seiner Erklärungen, mögen diese ausdrücklich abgegeben oder (in Versäumungsfällen) als fictive Zugeständnisse zu betrachten sein, als wahr, sowie deren Folgen als wirksam gegen sich gelten lassen.

Für die Hauptparteien unter sich kömmt den ausdrücklichen Erklärungen wie fictiven Zugeständnissen des Beigeladenen zunächst jene Wirkung zu, welche das einschlägige Civilrecht etwa daran knüpft. Außerdem steht es im freirichterlichen Ermessen, diesen Erklärungen Beweisbehelfe zu entnehmen, deren Kraft von dem Rechtsverhältnisse des Beigeladenen zu den Hauptparteien und dem Umstande abhängt, ob und inwieweit er durch seine Erklärungen diesen gegenüber belastet wird.

In keiner Weise endlich werden durch Artikel 371 Absatz 2 die Vorschriften über die Feststellung des sicheren Datums (Artikel 358 und 359 der Pr. O.) alterirt. Der Artikel 371 trifft nur Vorsehung hinsichtlich der Erklärung über die Aechtheit der Urkunden. In wieweit die hienach als ächt zu betrachtende Urkunde ihren Inhalt beweist, ist nach den allgemeinen Bestimmungen über die Beweiskraft der Urkunden und daher auch nach den bezüglichen Vorschriften über die Feststellung des Datums zu bemessen[22]).

4) Erkennt der Product die Aechtheit der Urkunde ausdrücklich an, so hat es hiebei sein Bewenden. Die Anerkennung ist in der Sachverhaltsdarstellung, bei belangreicheren Urkunden auch im Urtheile besonders zu constatiren und auf Verlangen der Gegenpartei Urkunde über die Anerkennung zu ertheilen. Ein weiteres Verfahren auf Aechtheitsbeweis &c. &c. cessirt.

Als vom Producten anerkannt zu betrachten ist die Urkunde, wenn er auf die Aufforderung der vorlegenden Partei oder des Vorsitzenden[23]) eine bestimmte Erklärung nicht gibt[24]). Daß eine solche Aufforderung seitens des Producenten und in Ermanglung dessen von Amtswegen durch den Vorsitzenden ergangen und

---

20) Durch Nichterscheinen oder Antwortsverweigerung des Erschienenen.
21) Artikel 371 Absatz 2 i. f.
22) Abg. Prot. II, 314.
23) Der Ausdruck „Vorsitzender" ist mit Rücksicht auf Artikel 537 Absatz 2 d. Pr. O. gebraucht. Abg. Ref. III, 47.
24) Artikel 370 Absatz 3 Pr. O.

dies im Urtheil constatirt sei, ist eine unerläßliche Vorbedingung der Annahme der (fictiven) Anerkennung[25]. Sind aber die erwähnten Voraussetzungen gegeben, so bedarf es gleichfalls eines weiteren Beweises der Aechtheit nicht mehr.

Wer eine Urkunde zum Beweise für sich auch nur in Abschrift oder im Auszuge (in einzelnen Theilen) vorlegt, erkennt damit die Aechtheit der ganzen Urkunde an und muß sie gegen sich gelten lassen. Behauptet er, daß ein Theil derselben unächt sei, so liegt ihm der Beweis hierüber ob[26].

Der Sinn dieser Vorschrift ist übrigens nicht etwa der, daß der Producent die Urkunde auch ihrem Inhalte nach als wahr anerkenne. Beweist Jemand durch Vorlage eines Briefes seines Gegners, daß dieser darin irgend eine Thatsache zugestanden habe, so besteht keinerlei logischer oder rechtlicher Grund, nun auch den ganzen übrigen Inhalt des Briefes als wahr anzunehmen. Als wahr anerkannt ist nur, daß der Gegner den ganzen Brief auch seinem übrigen Inhalt nach geschrieben hat. Handelt es sich freilich um die eigene Scriptur des Producenten, so muß dieser den ganzen übrigen Inhalt als wahr gelten lassen. Dieser kömmt aber nur ausnahmsweise für ihn in Betracht[27].

Zu bemerken ist ferner, daß die Vorschrift des Artikel 375 sich nur auf die producirte Urkunde bezieht. Ist es unthunlich diese allein vorzulegen, weil auf dem betreffenden Papier noch eine weitere Urkunde steht, welche nicht vorgelegt werden will, so gilt letztere nicht auch als anerkannt.

Allerdings bezieht sich endlich Artikel 375 nur auf die Production der Urkunde in der Sitzung. Wurde aber die Urkunde im Vorverfahren dem Gegner mitgetheilt und will nun in der Sitzung nicht producirt werden, so kann die Gegenpartei, um sie für sich vorzulegen, solche edirt verlangen, weil sie gemeinschaftlich geworden ist.

Urkunden, die so alt sind, daß Niemand mehr die Aechtheit der Schrift oder Unterschrift zu erkennen vermag, kann das Gericht nach Ermessen des Falls als ächt gelten lassen, wenn es sich um ein Grund-, Saal- oder Lagerbuch oder eine ähnliche Aufschreibung handelt oder wenn die Urkunden seit langer Zeit in öffentlichen Archiven oder Registraturen oder in einem unter den Streitstheilen gemeinschaftlichen Familienarchive aufbewahrt wurden[28]. Auch hier findet ein weiteres Beweisverfahren über die Aechtheit nicht statt.

5) Läugnet der Product die Aechtheit der vorgelegten Urkunde ausdrücklich ab, so kömmt es, wenn nicht die Urkunde aus besonderen Gründen gleichwohl jetzt schon als ächt zu betrachten ist (vgl. Ziffer 4), zu einem selbständigen Beweisverfahren über Aechtheit oder Falschheit.

25) Vgl. §§. 169, 319.
26) Artikel 375 Pr. O.
27) Abg. Prot. II, 204.
28) Artikel 374 Pr. O. Vgl. hannöver. Prot. 2385—2391; §. 187. —

Erklärungen im Sinne des Artikel 371 Absatz 1 der Pr. O. haben die nämliche Wirkung wie die Abläugnung[29]).

Ist die Urkunde vom Producten bereits im Vorverfahren anerkannt worden, so kann diese Anerkennung in der Verhandlung nur aus ganz besonderen Gründen wieder zurückgenommen werden. Vergl. §. 286.

Das Beweisverfahren

a) beginnt damit, daß die als unächt oder falsch angefochtene Urkunde von dem Producenten und dem Vorsitzenden mit Handzug versehen (paraphirt) und zu Gerichtshanden genommen wird[30]).

Ueber den Hinterlegungsact muß ein Protokoll aufgenommen werden. Constatirungen im Protokolle darüber, was an der Urkunde besonders bemerkenswerth oder auffallend erscheint, sind nicht vorgeschrieben. Die hinterlegte Urkunde ergibt dies zu jeder Zeit und in der Hinterlegung bei Gericht liegt volle Garantie dafür, daß inzwischen nicht Abänderungen vorgenommen werden, die Urkunde vielmehr in dem Stande bleibt, in welchem sie sich bei Vornahme der Hinterlegung befunden hat[31]).

Nach beendigtem Proceß wird die Urkunde, wenn sie nicht für unächt oder verfälscht erklärt wurde, zurückgegeben[32]).

b) An die Hinterlegung hat sich sofort das Beweisanerbieten über die Aechtheit oder Fälschung (auch im Falle des Artikel 373 Absatz 2 der Pr. O.) zum Zweck der Erlassung eines Interlocuts und der Eröffnung eines selbständigen Beweisverfahrens anzuschließen. Vgl. §§. 314, 316. Nur wenn die Erklärung über die Urkunde vom Gegner der beweispflichtigen Partei erst in der Sitzung erfolgte, ist die Verhandlung auf Antrag der letzteren in eine spätere, übrigens sogleich zu bestimmende Sitzung zu vertagen. Im Falle des Artikel 373 Absatz 2 wäre eine Vertagung nicht gerechtfertigt.

Diese Beweisführung unterscheidet sich im Wesentlichen nicht von jeder anderen selbständigen Beweisführung. Es gelten für Zulassung und Aufnahme des Aechtheits- und Falschheitsbeweises nicht blos die allgemeinen Vorschriften über die verschiedenen Beweisarten[34]), sondern auch diejenigen für das Beweisverfahren überhaupt[35]). Dies ergibt sich für das Beweisanerbieten aus Artikel 376 Absatz 2, welcher nur die allgemeine Bestimmung des Artikel 324 Absatz 1 wiederholt, und in Ansehung des weiteren Verfahrens aus Artikel 376 Absatz 3, welcher die allgemeinen Vorschriften vorbehaltlich der Bestimmungen der Artikel 377—385 anwendbar erklärt, eine Norm, welche für den Sachverständigen-

29) Artikel 371 Absatz 1 i. f. Pr. O.
30) Artikel 376 Absatz 1 Pr. O.
31) Abg. Ref. II, 140; Abg. Prot. II, 205.
32) Vgl. Artikel 350 Absatz 4 des Rg.Entw.
33) Artikel 376 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 206, 334.
34) Hauptstück X—XIV der Pr. O.
35) Hauptstück IX der Pr. O.

Beweis, wo ein solcher für die Aechtheit oder Falschheit einer Urkunde in Frage kömmt, in Artikel 377 wiederholt wird [36]).

Selbständige Beweisführung auf Interlocut findet demgemäß nicht blos statt, wenn für den Aechtheits- oder Falschheitsbeweis nicht sofort producirbare Beweismittel wie Zeugen, Sachverständige und Eid anerboten werden, sondern auch wenn derselbe ausschließlich durch (andere) Urkunden mittels sg. Schriftenvergleichung geführt werden will und das Gericht von der Befugniß, Sachverständige von Amtswegen beizuziehen, keinen Gebrauch macht, vielmehr die Schriftenvergleichung selbst vornimmt [37]). (Augenscheinsbeweis). Die allgemeine Bestimmung des Artikel 329, wonach auf Urkundenbeweis in der Regel nicht interloquirt werden darf, findet auf den Aechtheitsbeweis 2c. 2c. durch Schriftenvergleichung keine Anwendung.

6) Von der unter Ziffer 5 erläuterten Regel sind zwei Fälle ausgenommen.

a) Zum Nachweise der Aechtheit einer ausländischen öffentlichen Urkunde ist die diplomatische, zum Nachweise der Aechtheit einer inländischen Notariatsurkunde ist unter Umständen eine gerichtliche Beglaubigung erforderlich und hinreichend [38]).

Werden solche Urkunden, wenn ihnen die erwähnte Beglaubigung fehlt, vom Producten nicht beanstandet, so hat auch das Gericht nicht die Befugniß, von Amtswegen ein Weiteres zu verlangen, sondern muß dieselben als öffentliche Urkunden würdigen.

Wird ihnen beim Mangel der nöthigen Beglaubigung die Anerkennung vom Producten versagt: so kann gleichwohl das Gericht nach den Umständen des Falles ohne Weiteres erkennen, daß sie als ächte, öffentliche Urkunden zu erachten seien, vorbehaltlich des Beweises ihrer Falschheit durch den Producten. Wird dieser Beweis nicht sofort angeboten, so ergeht bei gegebenen sonstigen Voraussetzungen Endurtheil in der Hauptsache.

Erachtet das Gericht gegenüber der vom Producten erhobenen Beanstandung die Aechtheit nicht außer Zweifel, so kann der Producent entweder den gewöhnlichen Aechtheitsbeweis oder die nachträgliche Beibringung der mangelnden Beglaubigung anbieten. Letzterenfalls wird die Verhandlung zum erwähnten Zweck unter Umgehung eines Interlocuts in eine spätere Sitzung zur Fortsetzung vertagt, ersterenfalls auf Zulassung des angebotenen Aechtheitsbeweises interloquirt. Erbietet sich der Producent weder zum Einen noch zum Andern,

---

36) Abg. Ref. II, 140; Abg. Prot. II, 206.

37) Artikel 377 Pr. O. Erfahrungsgemäß kommen nicht selten Fälle vor, in welchen derjenige Grad von Schriftenkunde der dem Richter vermöge seiner allgemeinen Bildung und Geschäftsübung innewohnet, zur Vornahme der fraglichen Vergleichung vollkommen ausreicht, in welchen sohin die Zuziehung von Sachverständigen nur einen überflüssigen Zeit- und Kostenaufwand herbeiführen würde. Abg. Ref. II, 140.

38) Vgl. §§. 182 und 187.

so ist die Urkunde ebenso zu verwerfen, wie wenn sie an sich beweisunerheblich oder unzulässig wäre [39]).

Darüber, ob die beanstandete Urkunde auch ohne Legalisation als ächt zu betrachten sei oder nicht, ist zwar stets ein richterlicher Ausspruch, nicht aber ein besonderes Urtheil nöthig. Jener Ausspruch kann mit einer anderen Entscheidung in der Sache, mit dem Vertagungsurtheil, Beweisinterlocut oder Endurtheil verbunden werden [40]).

Schließlich ist zu bemerken, daß Artikel 372 Absatz 2 auf andere als die vorgenannten Urkunden nicht, auch nicht auf die Civilstandsacten der Pfalz Anwendung findet [41]). Die erwähnte gerichtliche Beglaubigung ist in Artikel 28 des pfälzischen Notariatsgesetzes vom 25. Vent. XI und in Artikel 97 der diesrheinischen Notariatsordnung vorgeschrieben [42]). Uebrigens ist der letzterwähnte Artikel durch Artikel 3 Ziffer 6 des Einf. Ges. z. Pr. O. insoweit aufgehoben, als es sich um notariell aufgenommene oder beglaubigte Vollmachten und damit in Verbindung stehende Ratificatorien handelt.

b) Inwiefern eine selbständige Beweisführung auf Interlocut für das sichere Datum ausgeschlossen ist, wurde bereits früher bemerkt. Vgl. §§. 242—244.

## III. Hauptstück.

# Das Beweisanerbieten in der Verhandlung.

### §. 314 [1]).

Im vorigen Hauptstück wurden die Fälle bezeichnet, in welchen sich bei der Verhandlung auf das Beweisanerbieten zum Zwecke interlocutorischer Zulassung einer von der Verhandlung getrennten Beweisführung zu beschränken ist. Selbständige Beweisführung.

---

39) Artikel 372 Absatz 2 Pr. O.; Abg. Prot. II, 187—188; hannöv. Prot. 2556—2565.
40) Abg. Prot. II, 314.
41) Code civ. Artikel 45.
42) Vgl. Abg. Prot. II, 334.
1) Quellen zu Artikel 324 Pr. O. sieh' bei §. 174.
Quellen zu Artikel 327 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 120—121; III, 45.
Abg. Prot. II, 155, 156, 326, 328, 354; IV, 89.
R. Ref. I, 20, 21; II, 143.
R. Prot. II, 113, 114; IV, 43.
Quellen zu Artikel 336 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 120—121; III, 45
Abg. Prot. II, 155, 156, 328, 355; IV, 89, 133.
R. Ref. I, 21; II, 143.
R. Prot. II, 114; IV, 43.
Vgl. überhaupt die §§. 172 ff.

Dieses Beweisanerbieten und die gegenseitige Geltendmachung seiner Erheblichkeit und Zulässigkeit bildet den letzten Theil der ersten Verhandlung.

Die allgemeinste Voraussetzung desselben ist, daß am Schlusse der Verhandlung ein Beweisgegenstand (erhebliche, strittige, ungewisse Thatsachen) gegeben sei, für welchen einer bestimmten Partei die Beweislast obliegt und taugliche Beweismittel der vorbezeichneten Gattung zu Gebot stehen[2]). Hierüber ist das Nähere bei der Lehre von der materiellen Beweistheorie bereits bemerkt.

Im Folgenden handelt es sich nur mehr um den Modus des Beweisanerbietens, seinen Inhalt d. i. die aufzustellenden Beweissätze (§. 314) sowie die anzugebenden Beweismittel (§. 315) und um die Form des Beweisanerbietens (§. 316).

Gleichviel ob das Beweisanerbieten einen (unmittelbaren oder mittelbaren, eigentlichen oder uneigentlichen) Hauptbeweis oder einen mittelbaren Gegenbeweis[3]) betrifft, hat jede Partei am Schlusse der Verhandlung in Bezug auf die hier zwischen den Parteien streitig und ungewiß gebliebenen erheblichen Thatsachen mittels schriftlichen Antrags die Sätze aufzustellen, welche sie sich zu beweisen erbietet[4]). Beweissätze.

Nach dem Codex jud. unterschied man zwischen thema probandum d. i. den Sätzen, welche das Gericht im Tenor des Interlocuts als die zu beweisenden bezeichnete, und den Beweisartikeln d. i. den Sätzen, in welche das thema probandum hinwieder von den Parteien aufgelöst wurde.

Die Beweissätze des Artikel 324 der Pr. O. fallen weder mit diesen Artikeln noch mit jenem thema probandum unbedingt zusammen. Die parteilichen Beweissätze haben nur Thatsachen, also weder Rechtsbegriffe noch Schlußfolgerungen zum Gegenstand.

Wird der Anspruch auf einfache Thatsachen gestützt, für welche unmittelbarer Beweis geführt werden will und kann, so genügt die Aufnahme dieser Thatsachen in die Beweissätze.

Ist der Anspruch auf Behauptungen gestützt, welche eine Zusammenfassung mehrfacher thatsächlicher Momente involviren, so sind diese im Beweisanerbieten in die verschiedenen Sätze entsprechend aufzulösen.

Will der Beweis einer Thatsache durch Schlußfolgerung aus anderen Thatsachen geführt werden, so sind die letzteren in die Beweissätze aufzunehmen.

Dies ist erforderlich, weil der mittelbare Gegenbeweis zugleich mit dem Hauptbeweis in der Verhandlung angeboten werden muß[5]), was unmöglich wäre, wenn nicht hier schon dem Gegenbeweisführer jene Puncte bezeichnet würden, auf welche er seinen Gegenbeweis zu richten hat; es ist aber auch deshalb nothwendig, weil der Richter über die Erheblichkeit der Beweissätze sofort erkennen und weil Zeugen und Sachverständigen schon bei ihrer Ladung mitgetheilt werden muß, worüber sie deponiren sollen[6]).

2) Artikel 324 Pr. O.
3) Vgl. §§. 177 ff.
4) Artikel 324 Absatz 1 Pr. O.
5) Artikel 333 Absatz 3 Pr. O. Vgl. §§. 178, 179.
6) Abg. Prot. II, 152; R. Prot. II, 110—113.

## §. 315.

I. Nächst der Aufstellung der Beweissätze hat das Beweisanerbieten sich auf die Angabe der Beweismittel zu erstrecken, mit welchen Probe gemacht werden will.

Wie früher erwähnt, unterscheidet das Gesetz die Angabe der Beweismittel im Allgemeinen, der Art oder Gattung nach (in genere), und die Benennung der einzelnen Beweismittel in specie [1]). Die Angabe der Beweismittel am Schlusse der Verhandlung geschieht wie in den motivirten Anträgen [2]) nur der Art nach; die individuelle Bezeichnung wird dem Beweisaufnahmsverfahren vorbehalten [3]).

Die Frage, ob nicht die Beweismittel schon vor der Beweisverfügung sei es bereits im schriftlichen Vorverfahren oder doch am Schlusse der Verhandlung individuell bezeichnet werden sollten, hat in Theorie und Gesetzgebung eine verschiedene Beantwortung gefunden. Sie findet sich allerwärts vielfach beleuchtet [4]). Die Erfahrung spricht für das System der bayr. Pr. O. Die erwähnte Einrichtung wurde in Frankreich allgemein versucht und bestand in der bayr. Pfalz für den Ehescheidungsproceß, wurde aber als störend befunden. Die Specialbenennung der Beweismittel vor der Beweisverfügung würde die Verhandlung mit einer Materialanhäufung belasten, welche die Uebersichtlichkeit des Ganzen gefährdet und zu Verwirrungen führt. Das Detail der Beweisantretung mit den Erinnerungen gegen die einzelnen Beweismittel, die Glaubwürdigkeit der Zeugen rc. würde überdies nicht selten getrennte, u. U. wiederholte Verhandlungen veranlassen. Da dem Gegner durch die spätere Beweisantretung, die Denomination der Zeugen u. s. w. doch die nöthige Kenntniß und Gelegenheit zur Information und zum Gegenbeweise noch vor der Beweiserhebung gegeben wird, ist sein Interesse gewahrt. Allerdings kann nach der bayr. Pr. O. das Interlocut nur über die Zuläßigkeit und Erheblichkeit der Beweisart entscheiden [5]). Immerhin ist aber das Gericht nicht gehindert, jetzt schon die Beweisaufnahmstagfahrt festzusetzen. Denn das generelle Beweisanerbieten läßt wenigstens im Allgemeinen den Umfang des Beweisaufnahmematerials bemessen und die Anwälte können bei der Verhandlung alle wünschenswerthen näheren Aufklärungen zum bezeichneten Zwecke geben.

Praktische Bedeutung hat übrigens die Unterscheidung zwischen Art und Species der Beweismittel nur beim Zeugenbeweise. Denn bei den Parteieiden, (Haupteid, Offenbarungseid, Schätzungseid), beim Augenschein fällt entweder Art und Species zusammen oder es muß die Sachlage ergeben, welche Eidesart in Frage ist. Urkunden aber müssen in der Regel sofort producirt werden, was nur mit einem individuellen Instrumente möglich ist. Die Natur des Sachverständigenbeweises bringt es ferner mit sich, daß es hiebei nicht wie bei Zeugen auf dieses oder jenes bestimmte, unersetzbare Individuum ankömmt. Darum sollen im Beweisurtheile die Sachverständigen sogleich bezeichnet werden [6]), zu welchem Zweck den Parteien

1) §. 283 Ziffer IV, 3.
2) Artikel 230 Absatz 3 Pr. O.
3) Artikel 324 Absatz 1. Vgl. Artikel 326, 333 Pr. O.
4) Abg. Ref. II, 120; Abg. Prot. II, 151—152; hannöv. Prot. 1837 ff.
5) Artikel 328 Pr. O.
6) Artikel 438 Absatz 1 Pr. O.

unbenommen ist, ihre Beweisanerbieten übereinkünftlich auf die Bestimmung der Zahl und der Personen der Sachverständigen auszudehnen[7]).

II. Das Gesetz gestattet den Parteien, sich zum Nachweis einer und derselben Thatsache gleichzeitig verschiedener Arten von Beweismitteln zu bedienen[8]). Hat eine Partei von dieser Befugniß Gebrauch gemacht, so sind die verschiedenen Arten ihrer Beweismittel, soweit es deren Natur gestattet, bei der Beweisaufnahme zu verbinden[9]).

Allerdings gebietet die Pr. O. nicht, alle für dieselbe Thatsache zu Gebot stehenden Beweisarten bei Meidung des Ausschlusses im Beweisanerbieten zu verbinden. Auch lassen die Eingangsworte des Artikel 324 Absatz 1 voce:

„Bleiben am Schlusse einer Verhandlung ꝛc."

statt:

„Bleiben am Schlusse der ersten Verhandlung u. s. w."

ausdrücklich entnehmen, daß eine Ergänzung des Beweisanerbietens bei späteren Verhandlungen zulässig ist[10]). Allein wenn eine spätere Verhandlung nicht folgt, was bei sofortiger Verwerfung aller sonst angebotenen Beweisarten möglich ist, so tritt der Ausschluß mit weiteren Beweisanerbieten von selbst ein. Folgt aber eine weitere Verhandlung, so bleiben der betreffenden Partei doch die durch nachgeschleppte Beweisanerbieten entstandenen Mehrkosten zur Last. Hieraus ergibt sich, daß die Parteien in der Vorschrift des Artikel 327 Absatz 1 der Pr. O. nicht sowohl ein Recht, als eine Pflicht zu erblicken haben.

Wird die Eideszuschiebung mit anderen Beweismitteln verbunden, so gilt der Eid als nur für den Fall zugeschoben, daß der mittels der anderen Beweismittel versuchte Beweis mißlingen sollte[11]). Die Eideszuschiebung ist im erwähnten Falle kraft Gesetzes als eventuell geschehen zu betrachten und kann die Eideserklärung des Delaten einstweilen unterbleiben[12]). Ja das Eidesanerbieten selbst kann bei der ersten Verhandlung unterlassen werden, weil die Eideszuschiebung in jedem Stand der Sache zuläßig ist[13]). Allein Beides trifft doch nur für den Fall zu, daß eine weitere Verhandlung nachfolgt, m. a. W. daß primäre Beweismittel angeboten und zur Erhebung gelassen werden. Fehlt die eine oder andere dieser Voraussetzungen, so ist sofort in die Verhandlung über den Eidesbeweis einzutreten. Freilich werden in den meisten Fällen primäre Beweismittel angeboten und zugelassen werden; dann wird die Verhandlung über den Eidesbeweis in die Beweisschlußverhandlung verlegt. Hierüber das Nähere im nächsten Abschnitt. Das dort zu Bemerkende gilt aber schon hieher, wenn primäre Beweismittel nicht angeboten oder nicht zugelassen werden.

## §. 316.

I. Wenn das Gesetz die formelle Vorschrift gibt, daß das Beweisaner-

7) Artikel 434 Pr. O.
8) Artikel 327 Absatz 1 Pr. O.
9) Artikel 336 Pr. O.
10) Abg. Prot. II, 325.
11) Artikel 327 Absatz 2 Pr. O.
12) Abg. Prot. II, 326.
13) Artikel 449 Pr. O.

bieten am Schlusse der Verhandlung von den Parteien in ihren schriftlichen Anträgen niederzulegen sei[1]): so ist dies nicht so zu verstehen, als müßten die Beweisanträge immer erst am Verhandlungsschlusse gestellt werden. Das Beweisanerbieten soll schon in den gewechselten Schriftsätzen (Artikel 230) und in den beim ersten Aufruf hinterlegten Anträgen (Artikel 241 Absatz 3–5 Pr. O.) mitenthalten sein. Der Artikel 324 bestimmt nur die Stelle, an der die Beweise spätestens anzubieten sind, wenn eine weitere Verhandlung außerdem nicht mehr folgen würde, während sich an frühere Versäumnisse in dieser Richtung ein sachlicher Nachtheil noch nicht knüpft. (Artikel 251 Pr. O.)

Ebensowenig hat die Vorschrift des Artikel 324 den Sinn, als müßte über das Beweisanerbieten am Schlusse der Verhandlung stets ein neues besonderes Actenstück errichtet werden. Ist das Beweisanerbieten schon in dem früher hinterlegten Antrag enthalten und die damalige Sachlage durch die Verhandlung nicht geändert, will überhaupt von der beweispflichtigen Partei der hinterlegte Antrag nicht modificirt werden, so genügt die mündliche Bezugnahme auf dessen Inhalt mit dem Bemerken, daß es dabei bewenden solle[2]). Ist der Beweis bisher gar nicht oder nicht vollständig angeboten worden oder hat die Verhandlung Modificationen des Anerbietens nothwendig gemacht, so ist die beabsichtigte Aenderung dem hinterlegten Antrage nachtragsweise beizusetzen, allenfalls der ganze Passus neu und so zu redigiren, wie er schließlich lauten soll. Im abgekürzten Anwaltsprocesse ist das Beweisanerbieten dem in der Verhandlung zu übergebenden schriftlichen Antrage beizusetzen[3]).

II. Mit dem Beweisanerbieten ist das Gesuch auf Beweiszulassung und Erhebung (Proceßbitte) in der am Schluße des §. 284 bezeichneten Weise zu verbinden und der schriftliche Antrag nach seiner schließlichen Redaction, eventuell wenn ein solcher überhaupt noch nicht hinterlegt war, nach seiner Fertigung dem Gerichte zu übergeben.

## IV. Hauptstück.

# Schluß der Verhandlung. Rechtlicher Charakter derselben.

### §. 317.

Sind die im Vorverfahren gewechselten Schriftsätze unvollständig, so ist dies im Allgemeinen unpräjudicirlich für die Hauptsache. Nur die besonderen Kosten und Nachtheile, welche aus der hiedurch veranlaßten Sachverzögerung erwachsen, fallen der säumigen Partei zur Last[1]).

Nicht ganz so verhält es sich bei Versäumungen in der Verhandlung[2]).

---

1) Artikel 324 Absatz 1 Pr. O.
2) Abg. Ref. II, 120.
3) Abg. Prot. II, 151.
1) Vgl. §§. 288 ff.
2) Unter Verhandlung ist stets die mündliche Verhandlung im Gegensatz zum schriftlichen Vorverfahren verstanden. Abg. Prot. II, 325.

Hat eine Partei nicht blos dort, sondern auch hier ein ihr zu Gebot gestandenes sachdienliches Vorbringen welcher Art immer unterlassen, so tritt gegen sie mit Schluß der Verhandlung hinsichtlich weiterer Behauptungen, Antworten, Gesuche und Beweise der Ausschluß von dieser Verhandlung ein.

Zu welcher Zeit der Schluß einer Verhandlung zu erfolgen hat, ist in den §§. 226 und 232 erläutert. Vgl. Artikel 150, 158, 274, 328 Absatz 4 der Pr. O.

Bezeichnet übrigens der Schluß der Verhandlung jene allgemeine Gränze, außerhalb welcher weitere Thatsachen, Gesuche oder Beweise nicht mehr geltend gemacht werden können: so gilt dies doch nur von der zum Behufe der Urtheilsfällung geschlossenen, nicht von der zur späteren Fortsetzung vorläufig abgebrochenen, der vertagten Verhandlung. In solchem Fall tritt erst mit Endigung der continuirten Verhandlung der Schluß derselben ein, über welchen hinaus ein weiteres Vorbringen zu dieser Verhandlung abgeschnitten ist, wenn nicht eine Wiederaufnahme verfügt wird [3]). Unter welchen Voraussetzungen eine Vertagung stattfindet, richtet sich nach allgemeinen Vorschriften [4]).

Auch sind hier weder die Folgen des Nichterscheinens noch jene des Nichthandelns der erschienenen Partei in Frage [5]), da wir eine contradictorische Verhandlung voraussetzen. Vielmehr ist im Folgenden nur von dem Fall die Rede, in welchem eine erschienene und handelnde Partei letzteres unvollständig thut, ein Umstand, welcher bekanntlich die contradictorische Natur der Verhandlung nicht aufhebt [6]).

Die Pr. O. stellt als Princip auf: alles Vorbringen an Behauptungen, Antworten, Sachgesuchen und Beweisen ist zulässig bis zum Schluß der letzten Verhandlung vor dem Endurtheil letzter Instanz [7]).

Hienach lassen sich zwei mögliche Fälle unterscheiden.

I. Es folgt der ersten eine weitere Verhandlung. Dieses kann schon

1) in derselben Instanz der Fall sein, wenn auf die erste Verhandlung nicht ein End- oder Eides- [8]), sondern ein Beweisurtheil ergeht, an welches sich eine weitere Verhandlung anschließen muß.

Auf die letztbezeichnete Verhandlung findet der voraufgestellte allgemeine Grundsatz Anwendung.

Die Proceßordnung spricht nur eine einzelne und selbstverständliche Anwendung der allgemeinen Regel aus, wenn sie an einer bestimmten Stelle [9]) ausdrücklich vorschreibt, daß die Benützung bisher nicht gebrauchter Urkunden bei einer späteren Verhandlung nicht ausgeschlossen sei. Gleichgiltig ist, ob die Partei in der früheren Verhandlung mit der Urkundenbenützung zurückgewiesen wurde, weil

3) Artikel 274, 328 Absatz 4 P. O.

4) Vgl. §. 271.

5) Hievon war theilweise schon die Rede. Das Weitere gehört in die Lehre vom Ungehorsamsverfahren. Sieh' den zweiten Theil dieses Buches.

6) Artikel 254 Pr. O.

7) Vgl. §§. 288 und 290.

8) Welches in Ansehung der Berufung dem Endurtheil gleichsteht.

9) Artikel 329 Absatz 3 Pr. O.

sie der Pflicht vorgängiger Mittheilung an den Gegner nicht genügt hatte [10]), oder ob sie damals noch nicht in Besitz der Urkunde war und auch mit einem bezüglichen Vertagungsgesuche behufs späterer Beibringung abgewiesen wurde [11]) oder ob sie bei der früheren Verhandlung überhaupt jeden Versuch der Urkundenbenützung unterlassen hatte oder endlich ob bei ausnahmsweise interlocutorisch zugelassenem Urkundenbeweise [12]) die Urkundenproduction bei der betreffenden Verhandlung versäumt wurde. Folgt aus welchem Grunde immer jener vorhergehenden eine weitere Verhandlung in derselben Sache und Instanz, so kann in dieser die früher nicht benützte Urkunde nachträglich geltend gemacht werden, vorausgesetzt, daß inzwischen den Vorschriften über Urkundenmittheilung (Artikel 172 Pr. O.) entsprochen ist. Darum stehen am Schlusse des Artikels 172 nicht schlechthin die Worte „von der Verhandlung", sondern die Worte „von der betreffenden Verhandlung." [13]).

Was von der nachträglichen Production von Urkunden gilt, findet, obschon vom Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, auch auf das nachträgliche Beweisanerbieten wie Vorbringen von Thatsachen in einer späteren oder Schlußverhandlung Anwendung. Die Artikel 324 Absatz 1 und 328 Absatz 3 schreiben nur vor, daß das Gericht im Urtheile zur ersten Verhandlung sich auf die hier angebotenen Beweise zu beschränken und über die nicht angebotenen hinwegzugehen hat. Wird hiebei interlocutorisch erkannt, so sind weitere Beweisanerbieten in einer späteren Verhandlung derselben Instanz nicht ausgeschlossen [14]).

2) Folgt nach endlicher Aburtheilung [15]) in der ersten eine weitere Verhandlung in zweiter Instanz, so dürfen nach dem voraufgestellten Princip die Parteien in dieser sowohl neue Thatsachen, Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismittel geltend machen, als neue Sachgesuche stellen, — Beides unter dem selbstverständlichen Vorbehalt einer Nichtverrückung der Identität des Rechtsstreits selbst (Verbot der Klagsänderung). [16])

Es ist dabei gleichgiltig, ob die Versäumung in der Vorinstanz bei der ersten und einzigen oder durch mehrere Verhandlungen vorkam bezw. bis zur letzten Verhandlung im ersten Rechtszug fortgesetzt wurde.

Die säumige Partei ist bei der Verhandlung in der zweiten gegenüber der Schlußverhandlung erster Instanz rechtlich ebenso gestellt, wie sie bei einer Mehrzahl erstinstanzieller Verhandlungen in der letzten dieser gegenüber den ihr vorhergegangenen gestellt war.

Besteht übrigens, wenn die Bereifung der Sache zu einem rechtskräfti-

---

10) Vgl. §§. 295 ff.
11) Artikel 329 Absatz 2 Pr. O.
12) Artikel 329 Absatz 1 Pr. O.
13) Abg. Ref. III, 44; Abg. Prot. II, 326; IV, 89.
14) Abg. Prot. II, 325.
15) Welcher ein Eidesurtheil in dieser Richtung gleichsteht.
16) Artikel 704, 705, 706, 707 Absatz 1 und 2 Pr. O. Vgl. §. 318.

gen Endurtheil eine Mehrzahl selbständiger Verhandlungen derselben oder verschiedener Instanzen erheischt, auch eine für die Hauptsache präjudicielle Verpflichtung nicht, schon von vorneherein alle concurrenten Thatsachen und Beweise ꝛc. zu verbinden: so gilt doch[17]) der allgemeine Grundsatz, daß bei nachträglichem Vorbringen in späteren Verhandlungen der Gegenpartei die etwa nöthige Vertagung nicht zu versagen und daß dem Säumigen im Falle seine Säumniß eine schuldhafte war, der Ersatz aller daraus erwachsenen Kosten und Nachtheile auch dann zu überbürden ist, wenn er in der Hauptsache Sieger bleibt[18]).

II. Ist der Ausschluß des Versäumten auch immer nur ein Ausschluß von dieser Verhandlung und unter der in Ziffer I angenommenen Voraussetzung unpräjudicirlich für die Hauptsache: so wird doch ein solcher Ausschluß von der ersten bezw. der betreffenden Verhandlung von selbst zu einem definitiven und irreparablen, wenn der bezüglichen eine weitere Verhandlung in diesem und dem höheren Rechtszuge nicht folgt. Denn Thatsachen, Gesuche und Beweise können eben immer nur in einer Verhandlung geltend gemacht werden[19]).

Ein solcher Fall tritt hienach ein:

1) wenn die erste auch die einzige Verhandlung und das darauf ergangene Endurtheil mit ordentlichen Rechtsmitteln (Einspruch oder Berufung) nicht anfechtbar ist[20]) oder in rechtswirksamer Weise nicht angefochten wird;
2) wenn das Versäumniß in eine erstinstanzielle auf die Beweiserhebung folgende Schlußverhandlung fällt und das hiezu ergangene Endurtheil mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht angegriffen werden kann oder nicht angegriffen wird.

In beiden Fällen ist ein nachträgliches Vorbringen nur mehr bei Wiederaufnahme des Verfahrens (restitutio contra sententiam) oder bei Cassation des Urtheils und hiedurch herbeigeführter Wiederholung der Verhandlung möglich.

Die unter Ziffer I und II vorgetragenen Grundsätze finden sinngemäße Anwendung auf die Verhandlungen des zweiten Rechtszugs an sich. Denn diese tragen denselben rechtlichen Charakter wie die Verhandlungen des ersten Rechtszugs. Das Unterscheidende liegt nur darin, daß es gegen Urtheile zweiter Instanz eine weitere Berufung nicht gibt. Deshalb ist hier der Ausschluß des versäumten Vorbringens sofort ein definitiver, wenn die erste auch die einzige Verhandlung des zweiten Rechtszugs ist oder wenn das Versäumniß in die Schlußverhandlung vor dem Endurtheil der zweiten Instanz fällt.

## §. 318.

Von dem in §. 317 dargestellten Grundsatze gibt es Ausnahmen.

Mag auch auf die erste bezw. die betreffende Verhandlung eine weitere

17) Wie bei Versäumnissen im schriftlichen Vorverfahren. Vgl. Artikel 251 Pr. O.
18) Abg. Prot. II, 325.
19) Vgl. Abg. Ref. II, 119.
20) Jugements souverains.

in dieser oder der höheren Instanz folgen: so knüpfen sich doch an den Inhalt eines Parteivorbringens in der vorhergegangenen Verhandlung natürliche (logische) Wirkungen, welche späterhin nicht mehr alterirt werden können. So sind Zugeständnisse, Anerkenntnisse, Verzichte auf Ansprüche oder Beweise 2c. in einer nachfolgenden Verhandlung nicht mehr rücknehmbar [1]). Hieher gehört auch der Fall der sg. passiv-alternativen Obligation. Der auf Erfüllung Belangte darf nicht mehr auf die andere Obligation zurückgreifen, wenn er sich nur auf die eine eingelassen hat. Daß sich diese Wirkung im abgekürzten Anwaltsproceß an die mündliche Einlassung knüpft, wird nicht zu bezweifeln sein. Im regulären Anwaltsproceß möchten überwiegende Gründe dafür sprechen, daß sie sich schon an die schriftliche Einlassung, wenigstens die im hinterlegten Antrag enthaltene anschließt. Was die Verhandlungen im zweiten Rechtszuge anlangt, so wiederholt die Pr. O. die in der That selbstverständliche Vorschrift, daß neue Angriffs-, Vertheidigungs- oder Beweismittel von den Parteien in der Berufungsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden dürfen, wenn sie darauf bereits im ersten Rechtszug ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen verzichtet haben [2]).

Aber auch das Gesetz knüpft gewisse positive Wirkungen an die erste bezw. diejenige Verhandlung an, welcher eine weitere Verhandlung dieser oder der höheren Instanz folgt, unbeschadet jener präjudiciellen Folgen, welche in einem noch früheren Stadium z. B. im schriftlichen Vorverfahren [3]) bereits eingetreten sind. Dahin gehören unter Umständen:

I. Das Verbot der Klagsänderung. Man unterscheide, ob der ersten Verhandlung in der Unterinstanz eine weitere Verhandlung in diesem oder im höheren Rechtszuge folgt.

1) Im erstgedachten Falle tritt das Verbot der Klagsänderung in den Verfahrensarten mit Schriftenwechsel schon hier ein [4]).

Im beschleunigten Anwaltsproceß finden die allgemeinen Vorschriften der Artikel 180—183 der Pr. O. gleichfalls Anwendung [5]). Wird derselbe ohne allen Schriftenwechsel durchgeführt, so knüpft sich das Verbot der Klagsänderung an den Schluß der ersten, die Einlassung enthaltenden Verhandlung, vorausgesetzt daß hiedurch die Sache unmittelbar zu einem Beweis-, Eides- oder Endurtheil [6]) geführt wird. Wird dieselbe zur späteren Fortsetzung vertagt, so tritt das Verbot erst mit Schluß der continuirten Verhandlung ein. Denn beide Verhandlungen zusammen bilden die erste Verhandlung im Sinne des Gesetzes. Wird die erste Verhandlung nicht auf die Einlassung ausgedehnt, sondern auf Proceßeinreden beschränkt und über die Hauptsache später verhandelt, so tritt das Verbot erst hier ein [7]).

Die Ansicht, daß eine Klagsänderung schon mit Beendigung des

1) Vgl. Artikel 90 Absatz 2 Pr. O.
2) Artikel 707 Absatz 3 Pr. O.
3) Vgl. §§. 286 ff.
4) Vgl. §. 286.
5) Abg. Prot. I, 251, 252.
6) Abg. Prot. I, 252.
7) Abg. Prot. a. a. O.

ersten beklagtischen Vortrags in der Sitzung ausgeschlossen sei, hat allerdings den Buchstaben des Gesetzes für sich. Denn die Pr. O. läßt eine bezügliche Sonderbestimmung für den abgekürzten Anwaltsproceß (Artikel 259—261) vermissen, während der eine solche Vorschrift enthaltende Artikel 506 Absatz 2 sich nur auf den Parteiproceß bezieht. Allein wenn man die Worte des Artikel 180

„Aenderungen, welche nach der Vernehmlassung vorge-
„nommen werden ꝛc."

auch auf den abgekürzten Anwaltsproceß anwendbar erachtet, so ist doch die erste mündliche Verhandlung hier so gut wie im Parteiproceß als ein Ganzes zu betrachten. An eine Reihenfolge oder Ordnung des mündlichen Vorbringens in der Verhandlung kann folglich kein Rechtsnachtheil geknüpft werden [8]. Fixe Gränzen, wie sie die Schriftsätze für das jeweilige Parteivorbringen von selbst mit sich bringen, bestehen für den beiderseitigen mündlichen Vortrag nicht. Hier sind Aenderungen und Ergänzungen jedem Theil bis zum Schlusse gestattet. Allerdings enthält Artikel 246 Vorschriften über den Gang der mündlichen Vorträge. Dies sind jedoch nur Zweckmäßigkeitsvorschriften, deren Ausführung in den verschiedenen Fällen wechseln kann. Endlich wäre wohl beim Mangel eines Sitzungsprotokolls, namentlich bei Vertagung der Verhandlung kaum möglich zu constatiren, wieweit der mündliche Vortrag vorgeschritten war u. s. w. [9])

Natürlich liegt auch im abgekürzten Anwaltsproceß eine verbotene Klagsänderung nur vor, wenn wesentliches d. h. die Wiederholung der ersten Verhandlung erheischendes Neue in der Schlußverhandlung nachgetragen werden will. Ob dies der Fall, entscheidet das freie richterliche Ermessen [10]).

Handelt es sich um eine erlaubte Klagsänderung, so ist nach Umständen die Verhandlung zu vertagen, wenn der Beklagte unvorbereitet erscheint.

Es ist nichts Besonderes, daß mit dem wirklichen Eintritt der Unabänderlichkeit der Klage diese nicht blos in derselben, sondern auch

2) in der höheren Instanz nicht mehr alterirt werden darf.

Die Pr. O. gibt übrigens bezügliche Vorschriften sowohl in Ansehung des Klagsgegenstandes als der thatsächlichen Motivirung ausdrücklich.

Ansprüche, die im ersten Rechtszuge nicht geltend gemacht wurden, dürfen in der Berufungsinstanz nicht erhoben werden, es sei denn daß es sich handelt:

a) um Ansprüche, welche seit der Verhandlung, die dem angefochtenen Urtheile zu Grund liegt, aus dem nämlichen Forderungsgrunde entsprungen, desgleichen um Nebenforderungen an Zinsen, Früchten und Entschädigungen, welche seitdem weiter erwachsen sind, oder

b) um Ansprüche, welche statt auf die ursprünglich geforderte Sache

8) Argum. Abg. Prot. I, 254; II, 37.
9) Vgl. §. 310.
10) Abg. Prot. I, 251, 252.

wegen Veräußerung oder Untergangs derselben auf Leistung der Entschädigung gerichtet sind, oder

c) um Anträge auf Vorsichtsverfügungen, welche mit dem Gegenstande des Rechtsstreits im Zusammenhange stehen [11]).

Auch neue Thatsachen dürfen zur Motivirung nicht vorgebracht werden, wenn dadurch eine verbotene Klagsänderung im Sinne des Artikel 180 u. ff. herbeigeführt würde [12]).

II. Thatbehauptungen, deren die Partei kraft rechtskräftiger richterlicher Entscheidung verlustig wurde z. B. Präjudicialeinreden, die in einem Zwischenverfahren rechtskräftig erledigt sind, dürfen in keiner folgenden Verhandlung mehr geltend gemacht werden. Diese Vorschrift ist zwar nur für den zweiten Rechtszug gegeben [13]), gilt aber, wenn der Fall vorkommt, auch für eine nachfolgende Verhandlung erster Instanz. Was einmal rechtskräftig entschieden ist, kann niemals mehr Gegenstand weiterer Verhandlung und Entscheidung sein.

Bei verweigerten Antworten gelten in Ansehung bezüglicher Nachträge in späteren Verhandlungen derselben Instanz die allgemeinen Vorschriften der Artikel 154, 155, 156, 164, wovon bereits die Rede war. Im Falle des Artikel 370 Absatz 2 und 3 der Pr. O. kann das einmal verwirkte Präjudiz der Urkundenanerkennung durch Erklärungen in späteren Verhandlungen nicht mehr beseitigt werden. Folgt eine Verhandlung im zweiten Rechtszuge, so gilt dasselbe. Argum. voce:

„sie darf derselben nicht kraft gesetzlicher Vorschrift verlustig ge-„worden sein" [14]).

III. Proceßeinreden.

1) Das Recht, beim Vorbringen privilegirter Proceßeinreden jede weitere Antwort [15]) oder doch die Einlassung in der Hauptsache [16]) zu verweigern und vorerst bezügliche Separatverhandlung und Aburtheilung zu verlangen [17]), ist in den Verfahrensarten ohne Schriftenwechsel erloschen, wenn von demselben in der ersten Verhandlung kein Gebrauch gemacht wurde.

Die Regel, wonach gemeine Proceßeinreden bei Meidung ihres Verlustes gleichzeitig mit der ersten die Einlassung in der Hauptsache enthaltenden Antwort [18]), unter Umständen selbst noch früher [19]) vorzubringen sind, ist für die Verfahrensarten ohne Schriftenwechsel dahin zu präcisiren, daß der Verlust erst eintritt, wenn deren Geltendmachung nicht spätestens bis zum Schlusse der ersten Verhandlung stattgefunden hat [20]).

11) Artikel 704, 705; vgl. Artikel 182 Pr. O.
12) Artikel 707 Absatz 2 Pr. O.
13) Artikel 707 Absatz 3 Pr. O.
14) Artikel 707 Absatz 3 i. f. Pr. O.
15) Artikel 185 Pr. O.
16) Artikel 186 Pr. O.
17) Artikel 184 Absatz 1, Artikel 185 und 186 Pr. O. Vgl. §§. 287 Ziffer II, 288 und 289.
18) §. 290; §. 291 Ziffer I.
19) §. 291 Ziffer II.
20) Wird die erste Verhandlung zur Fortsetzung vertagt, so gilt das hierüber im Eingang des §. 317 Bemerkte natürlich auch hieher. Ebenso wiederholt sich die unter Ziffer III des §. 291 gemachte Bemerkung. Dieselben Gründe endlich, welche

2) Anlangend die im zweiten Rechtszug nachfolgende Verhandlung, so bezieht sich die Vorschrift, wonach neue Vertheidigungsmittel nicht mehr geltend gemacht werden dürfen, deren die Partei bereits früher (im ersten Rechtszug) kraft gesetzlicher Vorschrift verlustig wurde [21]), auch auf Proceßeinreden, mag nun deren Ausschluß bereits im erstinstanziellen Schriftenwechsel oder mit dem Schlusse der ersten Verhandlung in der Vorinstanz eingetreten sein.

IV. Widerklagen [22]).

1) Eine Widerklage, welche im abgekürzten Anwaltsprocesse nicht bis zum Schluß der ersten [23]), die Sache selbst betreffenden [24]) Verhandlung erhoben wurde, darf, wenn dadurch die Verhandlung der Hauptklage überhaupt eine Verzögerung erleidet, nicht gleichzeitig mit dieser verhandelt werden [25]).

Würde übrigens auch die Widerklage in dieser ersten Verhandlung d. i. rechtzeitig erhoben, so ist sie gleichwohl zur besonderen Austragung zu verweisen, wenn deren gleichzeitige Entscheidung eine nachtheilige Verzögerung besorgen läßt [26]).

Daß die ersterwähnte neben der letztbezeichneten Vorschrift im abgekürzten Anwaltsprocesse selbständige Anwendung finden soll, dürfte die in den Gesetzgebungsverhandlungen enthaltene Constatirung [27]) schließen lassen, wonach das Wort „Vernehmlassung" in den Artikeln 157 und 180 gleichbedeutend m. a. W. auch im Sinne der mündlichen Einlassung gebraucht ist.

2) Widerklagen, welche im ersten Rechtszuge nicht erhoben wurden, dürfen in der Appellationsinstanz nur erhoben werden, wenn der mittels der Widerklage geltend zu machende Anspruch erst nach der Verhandlung, die dem angefochtenen Urtheile zu Grund liegt, entstanden ist und in zulässiger Weise ganz oder theilweise zugleich zur Compensation benützt wird [28]).

V. Beweise.

1) Die Beweise über die Aechtheit oder Fälschung einer Urkunde sind sofort in der Productionsverhandlung und, wenn diese vertagt wird, in der continuirten Verhandlung anzubieten [29]), widrigenfalls der Ausschluß des Beweisanerbietens nicht blos von dieser Verhandlung, sondern auch für jede etwa folgende Verhandlung eintritt [30]).

---

im abgekürzten Anwaltsproceß die analoge Anwendung des Artikel 506 Absatz 2 der Pr. O. rechtfertigen (vgl. Ziffer I), sind auch in Ansehung von Proceßeinreden maßgebend.

21) Artikel 707 Absatz 3 i. f. Pr. O.

22) Vgl §§. 230 und 291 Ziffer IV.

23) Der Umstand, daß die Antwort auf die Klage auch noch in einer nachfolgenden bezw. in der Schlußverhandlung geändert, berichtigt, ergänzt werden kann, beweist nicht, daß die Widerklage bis dahin mit der Befugniß auf gleichzeitige Verhandlung und Aburtheilung verschoben werden kann. Sonst wäre der Absatz 3 des Artikel 157 ganz überflüssig gewesen.

24) d. h. die Einlassung enthaltenden.

25) Artikel 157 Absatz 3 Pr. O.

26) Artikel 260 Ziffer 4 Pr. O.

27) Abg. Prot. I, 252.

28) Artikel 706 Pr. O.

29) Vgl. §. 313 Ziffer II, 5 lit. b.

30) Artikel 376 Absatz 2 Pr. O.

Wurde Zeugenbeweis bei der ersten bezw. der vorhergehenden Verhandlung überhaupt nicht angeboten, so ist ein betreffendes Beweisanerbieten in einer folgenden Verhandlung noch zulässig. Ist aber auf vorgängiges Anerbieten Zeugenbeweis durch Interlocut zugelassen worden, so begründen Versäumnisse in Ansehung rechtzeitigen Betriebs der Beweiserhebung [31]), rechtzeitiger Denomination [32]) wie rechtsförmlicher Ladung [33]) den Ausschluß mit den einzelnen Zeugenpersonen ein für allemal. Das Nähere hierüber gehört in den nächsten Abschnitt.

2) In zweiter Instanz sind Beweise (Beweisanerbieten) für solche Thatsachen, welche im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht waren, aber jetzt nach den bisher dargestellten Grundsätzen in zulässiger Weise nachgetragen werden, unbedingt statthaft.

Für Thatsachen, welche in diesem Sinne nicht neu sind, vielmehr in der Vorinstanz bereits Gegenstand der Verhandlung und Beweisführung waren, sind zwar bisher nicht benützte Beweismittel im höheren Rechtszuge zulässig. Von dieser Regel [34]) sind aber solche Beweismittel ausgenommen, deren die Partei bereits im ersten Rechtszuge kraft rechtskräftiger richterlicher Entscheidung oder kraft gesetzlicher Vorschrift verlustig geworden ist [35]). Hieher gehören also insbesondere die so eben unter Ziffer V, 1 erwähnten Fälle [36]). Die Pr. O. macht einen derselben ausdrücklich namhaft:

„Ueber Thatsachen, wegen welcher im ersten Rechtszug eine „Zeugenvernehmung stattgefunden hat, dürfen vor dem Beruf„ungsgericht neue Zeugen nicht vorgeschlagen werden" [37]).

Uebrigens kann, soweit dem Untergerichte die Befugniß zusteht, die wiederholte Erhebung von Beweisen anzuordnen, dies auch von dem Berufungsgerichte geschehen [38]).

Schließlich ist nur noch zu bemerken, daß die in diesem §. erläuterten Ausnahmsbestimmungen, soweit sie passen, selbständige Anwendung auf die etwa mehreren Verhandlungen des zweiten Rechtszugs in ihrem Verhältnisse zu einander finden.

## §. 319.

I. Der Ausschluß einzelnen Verhandlungsmaterials (§§. 317 und 318) ändert die contradictorische Natur der ganzen Verhandlung nicht [1]). Aber er verbietet dem Richter die Berücksichtigung des Versäumten nach dem Princip der Verhandlungsmaxime [2]).

---

31) Artikel 406 Pr. O.
32) Vgl. Artikel 412—415 Pr. O.
33) Artikel 427 Pr. O.
34) Artikel 707 Absatz 1 Pr. O.
35) Artikel 707 Absatz 3 Pr. O.
36) Abg. Prot. II, 236—237.
37) Artikel 707 Absatz 4 Pr. O.
38) Artikel 710 Absatz 3 Pr. O.
1) Artikel 254 Pr. O.
2) Vgl. §§. 234—237.

In Ansehung der Thatsachen sprechen dies die Artikel 262—265 der Pr. O. aus.

Hinsichtlich der Beweise enthalten Artikel 328 Absatz 3 und Artikel 345 die gleiche Bestimmung. Das Gesetz kennt nur eine Beweiszulassung, nicht eine Beweisauflage. Das Gericht kann im Beweisurtheile weder eine Partei über Thatsachen zum Beweis zulassen, für welche sie solchen nicht bei der Verhandlung angeboten hat, noch ihr eine andere Art von Beweismitteln als die angebotene gestatten. Bei Fällung des nach durchgeführtem Beweisverfahren zu erlassenden Urtheils kann das Gericht andere als anerbotene Beweise nicht berücksichtigen. Diese Grundsätze gelten a fortiori von jenen Beweismitteln, welche in der Verhandlung nicht blos angeboten, sondern sofort producirt werden müssen (Urkunden), wenn die Production nicht durch deren frühere Anerkennung überflüssig geworden ist.

II. Die formale Strenge, welche in diesen Vorschriften liegt, ist für ein geregeltes Verfahren unentbehrlich. Sie ist indessen durch Bestimmungen gemildert, welche die Parteien vor den Folgen bloser Uebersehen zu schützen geeignet sind [3]).

Dahin gehören, was Behauptungen und Antworten betrifft, die bereits erläuterten Normen der Artikel 154, 155, 156, 164 Absatz 3, Artikel 264 Absatz 4, Artikel 274 [4]) und 370 Absatz 2 der Pr. O. Die etwaige Unklarheit oder Unvollständigkeit, ja die völlige Unterlassung einer Antwort insbesondere führt nur dann zu Nachtheilen, wenn hierauf durch das Gericht bezw. den Vorsitzenden aufmerksam gemacht und die Partei zur weiteren Erklärung ꝛc. fruchtlos aufgefordert worden ist.

Anlangend die Beweise, so geht das Gesetz noch weiter.

1) Hat schon der Vorsitzende die im ausgedehnten richterlichen Proceßleitungsrecht wurzelnde Befugniß und Pflicht, die Parteien im Laufe der Verhandlung auf relevante thatsächliche Streitpuncte, worüber ein Beweis nicht angeboten, aufmerksam zu machen und sie zu allenfallsigem Beweisanerbieten zu veranlassen: so ist auch dem Gerichte die Verbindlichkeit auferlegt, die Wiederaufnahme der Verhandlung zu verfügen, wenn es einen nicht angebotenen Beweis für nöthig hält [5]), in Beziehung auf welchen der Vorsitzende sein Amt nicht geübt hat [6]). Diese Vorschrift ist bei Meidung der Nichtigkeit einzuhalten.

2) Das Gericht hat die Befugniß, von Amtswegen Augenscheins- und Sachverständigenbeweis ohne jedes parteiliche Beweisanerbieten anzuordnen [7]) (Informativ-Augenschein, Informativ-Gutachten) [8]), ebenso u. U. die Befugniß bezw. die Pflicht, auch die Personen der

3) Abg. Ref. II, 119.

4) Die Worte „in einer sofort anzuberaumenden Sitzung" sind in diesem Artikel eingeschaltet behufs Vermeidung eines besonderen Gesuchs und einer besonderen auf das Gesuch erst erfolgenden Sitzungsbestimmung. R. Ref. II, 119.

5) Artikel 328 Absatz 4 Pr. O.

6) Abg. Ref. II, 119.

7) Vgl. §§. 200 ff.

8) Artikel 396, 433 mit Artikel 377 Pr. O.

Sachverständigen schon ursprünglich[9]) oder ersetzungsweise[10]) oder für ein Superarbitrium[11]) zu bestimmen.

Der Grund, warum zur Ernennung der Sachverständigen die Parteien nur im Falle sie übereinstimmen, außerdem aber das Gericht berufen ist, liegt darin, daß einseitig erwählte Sachverständige nicht selten die Meinung hegen, das Interesse ihrer Partei wahren zu müssen[12]).

Beim Superarbitrium insbesondere finden die Bestimmungen, welche bezüglich der Constituirung der Sachverständigen zur Abgabe des ersten Gutachtens aufgestellt sind, keine Anwendung. Der Richter allein wählt die Sachverständigen, von welchen er ein Superarbitrium erholen will[13]).

3) Das Gericht hat das Recht, bei der endlichen Entscheidung Beweise zu berücksichtigen, auf welche das parteiliche Beweisanerbieten nicht gerichtet war und die auch von Amtswegen nicht angeordnet worden sind, wenn sich solche durch das Beweisverfahren über mittelbar erhebliche Thatsachen (Artikel 322 Pr. O.) ergeben[14]).

Allerdings hat schon die Partei, welche künstlichen Beweis liefern will, ihr Beweisanerbieten unmittelbar auf die Prämissen zu richten, aus welchen der zum mittelbaren Beweis dienende Schluß gezogen werden soll. Immerhin aber können bei der Beweiserhebung, namentlich beim Zeugenbeweis für das Rechtsverhältniß mittelbar erhebliche Momente zu Tag treten, auf welche das Beweisanerbieten keiner Partei Rücksicht genommen hat. Das Gesetz erachtet es als unzukömmlich, dem Richter die Inbetrachtnahme derartiger Ergebnisse der Beweisführung zu verbieten[15]).

9) Artikel 434, 438 Pr. O.
10) Artikel 439 Absatz 3 Art. 442 Pr. O.
11) Artikel 448 Pr. O.
12) Hannöver Prot. 2326—2327.
13) Prot. Abg. II, 345.
14) Artikel 345 i. f. Pr. O.
15) Abg. Prot. II, 327, 331.

# V. Hauptstück.

# Das Beweisinterlocut.

## I. Capitel.

## Voraussetzungen des Beweisurtheils [1]).

### §. 320.

I. Die allgemeinste Voraussetzung zur Erlassung eines Beweisinterlocuts ist die Bereitheit der Sache zur Aburtheilung überhaupt.

Zeigt sich eine verhandelte Sache noch nicht urtheilsreif, so ergeht ein Vorbescheid. Dieser kann auf Fortsetzung der Verhandlung gerichtet sein, sei es, daß die Wiederaufnahme derselben nach Artikel 274 oder 328 Absatz 4 der Pr. O. verfügt oder sonst eine Vertagung in eine bestimmte spätere Sitzung einfach oder mit besonderen Auflagen angeordnet wird, z. B. bis dahin den fehlenden Streitconsens 2c. zu erbringen.

Der Vorbescheid kann aber auch auf die Aufhebung der Verhandlung, sei es zum Zweck der einstweiligen Aussetzung des Verfahrens, sei es zur vorerstigen Pflege von Schriftenwechsel gerichtet sein. In wiefern in der letztbezeichneten Richtung die Aufhebung der Verhandlung im regulären Verfahren statthat, wurde bereits erwähnt [2]). Im abgekürzten Anwaltsproceß hat das Gericht die Verhandlung aufzuheben und soweit erforderlich die dem regelmäßigen Verfahren entsprechenden Verhandlungen unter Festsetzung angemessener Fristen anzuordnen:

1) Wenn sich ergibt, daß die mit Recht zum abgekürzten Verfahren gebrachte Sache darin nach Beschaffenheit des Falles nicht erledigt werden kann [3]).

Besteht zwar Gefahr auf Verzug, aber auch die Gefahr, daß wegen Verwickeltheit der Sache ohne Schriftenwechsel die Sicherheit und

---

1) Die Quellen zu Art. 261 sieh' bei §. 307, die Quellen zu Artikel 324 Pr. O. bei §. 174.
Quellen zu Artikel 328 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 118—120.
Abg. Prot. II, 151—155, 326, 354.
R. Ref. I, 20.
R. Prot. II, 113.
Quellen zu Artikel 330 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 128; III, 45.
Abg. Prot. II, 178—179, 326, 327, 355; IV, 89, 133.
R. Ref. I, 20; II, 142.
R. Prot. II, 113; IV, 43.

2) Vgl. §§. 287, 294. Hieher gehört auch der Fall der Ueberleitung des Ungehorsams- in das contradictorische Verfahren bei nachträglicher Anwaltsbestellung in der Sitzung.

3) Artikel 261 Absatz 1 Pr. O.

Gründlichkeit der Rechtsprechung in Frage gestellt wird, so überwiegt die letztere Rücksicht. Der von Gefahr auf Verzug bedrohten Partei bleibt überlassen, alle sonst zulässigen Sicherungsmaßregeln zu ergreifen, Vorsichtsverfügungen zu erwirken &c., aber die abgekürzte Proceßeinleitung wird ihr nachträglich versagt. Letzteres hat bei gegebenen Voraussetzungen von Amtswegen zu geschehen und ist ein Ausfluß des gerichtlichen Proceßleitungsrechtes [4]). Die Anordnung von Schriftenwechsel kann erfolgen

2) Wenn eine Sache mit Unrecht zum abgekürzten Verfahren gebracht und zugelassen wurde, m. a. W. wenn sich bei der Verhandlung der Mangel jeder Verzugsgefahr herausstellt und die Zulassung zum abgekürzten Verfahren erschlichen erscheint [5]).

Uebrigens tritt in solchem Fall die Anordnung von Schriftenwechsel nicht unter allen Umständen nothwendig ein.

Ist freilich die Sache zugleich so intricat, daß sie nicht sofort mündlich verhandelt werden kann, so gelten die unter Ziffer 1 erwähnten Grundsätze.

Kann aber eine mit Unrecht zur sofortigen Verhandlung gebrachte Sache ohne Schriftenwechsel erledigt werden: so darf eine Zurückweisung der eingeschlagenen Procedur zunächst von Amtswegen keineswegs erfolgen. Das Gericht muß zum Schlusse verhandeln lassen und davon allein, ob dann Urtheil in der Hauptsache erlassen werden kann oder nicht, hängt die Entscheidung ab, ob die Zulassung zum abgekürzten Verfahren zurückzunehmen ist. Das Gericht ist nicht befugt, die Verhandlung schon abzubrechen, wenn sich von vorneherein oder im Verlauf der Mangel der Verzugsgefahr bezeigt. Das Gesetz will nicht, daß aus rein formalen Gründen verhandlungs- bezw. spruchreife Sachen weiter verzögert werden. Argum. Artikel 261 Absatz 1:

„So hat das Gericht, soweit es erforderlich erscheint &c."

Stellt der Gegner die Einrede der unrecht gewählten Proceßart mit dem Antrag entgegen, ihm Frist zur Abgabe seines motivirten Antrags zu gönnen: so ist festzuhalten, daß eine derartige Einrede nicht zur Einlassungsverweigerung in der Hauptsache berechtigt. Denn die vorerwähnte ist zwar eine Proceß- [6]), aber keine privilegirte Einrede [7]). Allerdings zählt Artikel 186 Ziffer 2 die Einrede der nicht ordnungsmäßig erfolgten Ladung zu den von der Einlassung befreienden. Allein in der unrichtigen Wahl der Proceßart liegt kein Ladungsmangel.

Würde sich gleichwohl der Gegner auf diese Einrede beschränken und Antragstellung in der Hauptsache unterlassen, so hindert dies nicht, daß die Erklärungen und Anträge des andern Theils zur Hauptsache sofort vorgebracht und mit diesem verhandelt werden. Kann hiedurch allein die Sache spruchreif aufgeklärt werden, so er-

---

4) Abg. Prot. II, 127.
5) Artikel 261 Absatz 1 Pr. O.
6) Artikel 184 Pr. O.
7) Artikel 185 und 186 Pr. O.

folgt unter Verwerfung obiger Proceßeinrede Urtheil in der Hauptsache. Dieses ist dann in letztbezeichneter Richtung allerdings ein Versäumungsurtheil [8]). Kann aber durch die einseitige Verhandlung mit dem Imploranten die Sache nicht urtheilsreif gestellt werden, so ist der Einrede der unrechtgewählten Proceßart stattzugeben. Sieht der Implorat voraus, daß durch sein Schweigen in der Hauptsache dieses Resultat nothwendig herbeigeführt werden muß, so kann er es wagen, sich auf die mehrberegte Proceßeinrede zu beschränken.

Verbindet der Gegner mit der bezeichneten Einrede die Einlassung, so hängt die Frage, ob sofort Urtheil in der Hauptsache zu erlassen oder Schriftenwechsel anzuordnen sei, von der durch die Verhandlung erzielten oder nichterzielten Spruchreifheit der Sache ab [9]).

Wird im Falle der Ziffer 1 Schriftenwechsel angeordnet, so sind die auf Einleitung des abgekürzten Verfahrens erwachsenen besonderen Kosten seiner Zeit dem in der Hauptsache unterliegenden und in die Kosten überhaupt zu verfällenden Theile aufzubürden. Wird aber im Falle der Ziffer 2 Schriftenwechsel angeordnet, so ist diejenige Partei, welche die Einleitung des abgekürzten Verfahrens erwirkt hat, in die hieraus erwachsenen besonderen Kosten zu verurtheilen. Trifft hiebei den Anwalt grobes Verschulden, so ist dieser tenend [10]).

Die Aufhebung des abgekürzten Verfahrens ist übrigens nicht als eine Art Klagsabweisung zu betrachten. In der Verweisung der Parteien zum Schriftenwechsel liegt nur eine gerichtliche Anordnung der erforderlichen Ergänzungen. Argum. voce:

„die entsprechenden Verhandlungen anzuordnen"

in Artikel 261.

Das Maß der anzuordnenden Ergänzungen richtet sich nach den Bedürfnissen des einzelnen Falles. Eine Verweisung der Sache zum regulären Verfahren als solchen gibt es nicht. Das Gericht hat jene einzelne Handlung oder Handlungen (Mittheilung an Schriftsätzen, Hinterlegung von Anträgen) anzuordnen, welche es für eine gründliche Verhandlung und Urtheilsfällung noch für nöthig erachtet. Es hat hiefür zugleich die Fristen zu bestimmen, welche hienach nicht gesetzliche Fristen sind. Es ist zufällig, wenn hiebei das Gericht vielleicht sämmtliche Handlungen des regulären Verfahrens als erforderlich anordnet und in seinen Fristbestimmungen mit der Dauer der gesetzlichen Fristen übereinstimmt. Ebenso gut kann es ganz unabhängig von den Parteien einzelne Handlungen des regulären Verfahrens herausgreifen und hiefür längere oder kürzere als die gesetzlichen Fristen gewähren [11]). Ist in einer schwierigen Sache Gefahr auf Verzug, so kann dem letzteren Umstand durch möglichst enge Fristen Rechnung getragen werden. Endlich steht es dem Gerichte frei, je nach Gestalt der Umstände ergänzenden Schriftenwechsel für die ganze Sache oder nur für einzelne Streitpuncte anzuordnen und bezüglich der übrigen z. B. der Proceßeinreden sofort zu entscheiden.

---

8) Artikel 253 Pr. O.
9) Abg. Prot. II, 53—56.
10) Abg. Prot. II, 53, 54, 55.
11) Abg. Prot. II, 54—55.

Rechtsmittel irgend welcher Art gegen die erwähnten Vorbescheide finden weder selbständig noch in Verbindung mit anderen statt [12]). Vgl. §. 308 Ziffer I. i. f.

II. Die Lage einer zur Aburtheilung bereiften Sache kann gleichwohl eine sehr verschiedene sein.

Sind alle von den Parteien in der ersten Verhandlung geltend gemachten relevanten Thatsachen zugleich in der Art liquid gestellt, daß ihr Sein oder Nichtsein nach den bezüglichen Beweisvorschriften jetzt schon feststeht: so ist ein Definitivurtheil [13]) zu erlassen.

Es macht keinen Unterschied, ob die Liquidität dieser Thatsachen ohne alle Beweisführung feststeht z. B. durch Nichtbestrittensein, Notorietät, qualificirte Rechtsvermuthung, oder zufolge der in der Verhandlung mitgepflogenen (unselbständigen) Beweisführung [14]).

Nicht minder ist gleichgiltig, ob die Nichtexistenz geltend gemachter Thatsachen auf Grund von Notorietät und Rechtsvermuthungen oder in Folge sofortiger Beweisführung in der Verhandlung zu rechtlicher Gewißheit erbracht oder in Ermanglung jeden Beweises und Beweisanerbietens trotz bezüglicher Aufforderung als feststehend zu betrachten ist [15]).

Hieher gehören auch die Fälle, in welchen die für relevante, strittige und ungewisse Thatsachen anerbotene selbständige Beweisführung vom Gesetze nicht gestattet ist. Sind die Voraussetzungen einer Vertagung der Verhandlung nicht gegeben (Ziffer I), so muß definitiv erkannt werden, namentlich:

1) wenn in der Verhandlung Beweis mit Urkunden nur angeboten ist, letztere aber nicht sofort producirt und die etwaigen Anträge auf Vertagung oder ausnahmsweise Zulassung des Urkundenbeweises mittels Interlocuts verworfen werden [16]). Nicht minder zählt hieher
2) der Fall des Beweises für das sichere Datum (vgl. §. 244) und
3) der Fall des Artikel 330 der Pr. O. [17]).

Ist die Existenz eines Schadens und die Verpflichtung zu dessen Ersatz rechtlich festgestellt, aber die Ermittlung des Betrags durch Beweisführung voraussichtlich nicht zu erzielen oder mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten verbunden: so hat das Gericht, auch wenn ein besonderer Antrag hierauf nicht gestellt oder wenn selbst von den Parteien eine anderweite Beweisführung für den Betrag

---

12) Artikel 261 Absatz 3 Pr. O. Abg. Prot. II, 54—55.
13) Abschnitt IV.
14) Vgl. §§. 311—313.
15) Hieher gehört auch der Fall, wenn für öffentliche Urkunden, welche wegen Mangels der nöthigen Beglaubigung vom Gegner und vom Gerichte beanstandet sind, weder die nachträgliche Beibringung der Legalisation noch förmlicher Aechtheitsbeweis angeboten ist. §. 313.
16) Vgl. §§. 311, 312.
17) Dieser Artikel erhielt seine Stellung schließlich unter den allgemeinen Bestimmungen über den Beweis, während er früher im Hauptstück vom Sachverständigenbeweis eingereiht war. Man ging von der Anschauung aus, daß derselbe eben eine Beschränkung für die Erlassung von Beweisurtheilen statuire. Abg. Prot. II, 326.

der Schadensgröße angeboten wäre, unter Verwerfung dieses Anerbietens [18]) eine solche Beweisführung nicht zuzulassen, sondern die Größe der Entschädigung nach dem Ergebnisse der Verhandlung und allenfalls auf Grund eines vorher von Amtswegen zu erholenden Gutachtens von Sachverständigen der Billigkeit gemäß [19]) festzustellen und das Resultat dieser Feststellung ... einer bestimmten Entschädigungsziffer im Urtheil auszusprechen [20]).

Vorausgesetzt wird, daß ein Antrag auf Zuerkennung einer bestimmten Entschädigungssumme nach Art. 262 der Pr. O. vorliegt [21]) und daß die Entschädigung einen Hauptgegenstand des Streites bildet. Für nebensächliche Entschädigungsansprüche ist Artikel 330 nicht anwendbar.

Im Uebrigen ist gleichgiltig, welche Art von Schaden in Frage und ob der Ersatz auf Grund einer Beschädigung im engeren Sinne [22]) gefordert wird oder nicht.

Aber allerdings muß es sich um Schadensersatz im juristischen Sinne handeln. Das Expropriationsgesetz z. B. unterscheidet zwischen dem Ersatz des Werthes des expropriirten Gegenstandes und der Erstattung alles Schadens, welchen der Grundeigenthümer durch die Entwährung des ganzen Grundstücks oder eines Theils desselben erleidet. Für jene Werthserhebung ist Artikel 330 nicht anwendbar; das Gericht darf hierüber niemals auf Grund der Verhandlung allein und ohne Sachverständige entscheiden. Vielmehr ist ganz nach Hauptstück XIII der Pr. O. zu erfahren. Dagegen ist für die Festsetzung des weiteren d. i. des eigentlichen Schadens, der z. B. entsteht, weil ein Pacht nicht ausgehalten werden kann, der Viehstand in Folge der Expropriation vermindert werden muß 2c., Artikel 330 maßgebend [23]).

Ueber das Verhältniß des Artikel 330 zum Schätzungseide vgl. §. 215.

III. Es ist möglich, daß zur Zeit weder die Existenz noch die Nichtexistenz der geltend gemachten Thatsachen feststeht und doch ein Anlaß zu weiterer Erhebung primärer Beweismittel nicht gegeben ist. Dies ist der Fall, wenn solche überhaupt nicht oder nicht von tauglicher Art oder nicht in zulässiger Weise anerboten oder producirt wurden, nicht minder wenn die benützten Beweismittel zwar einer weiteren Erhebung nicht bedürfen, aber auch nicht hinreichen, um dem Gericht die erforderliche Gewißheit über Sein oder Nichtsein der betreffenden Thatsachen zu liefern.

Sind unter solchen Verhältnissen für das Beweismittel des Eides die nöthigen Voraussetzungen nicht gegeben, so ist Definitivurtheil zu erlassen. Andernfalls ist auf den Eid zu erkennen, sei es auf den Haupteid, welcher in Ermanglung oder bei Ergebnißlosigkeit anderer Beweismittel in Betracht

---

18) Abg. Ref. II, 128; Abg. Prot. II, 178—179.
19) Ex aequo et bono.
20) Vgl. Abg. Prot. IV, 89.
21) Vgl. §. 236.
22) Delict, Quasidelict.
23) Abg. Prot. II, 178—179.

kömmt, oder auf den Erfüllungseid, welcher zur Vervollständigung anderer Beweise dient, oder auf den Schätzungs- oder Offenbarungseid, welche wenn zulässig jedes andere Beweismittel entbehrlich machen. Eides-interlocut.

## §. 321.

Liefert die erste Verhandlung als Ergebniß relevante, bestrittene und ungewisse Thatsachen, anderseits zulässige Beweisanerbieten mit primären Probmitteln und ist eine selbständige Beweisführung durch das Gesetz nicht ausgeschlossen: so hat die Erhebung der anerbotenen und für zulässig befundenen Beweise stattzufinden. Die Zulassung und Erhebung derselben ist durch Zwischenurtheil auszusprechen, Beweisurtheil [1].

I. Was als relevant, strittig und ungewiß zu betrachten sei, ist früher gesagt [2].

Die Pr. O. geht von dem Gedanken aus, daß die für definitive Entscheidung des Rechtsstreits erheblichen thatsächlichen Verhältnisse soviel möglich durch die schriftliche und mündliche Verhandlung, durch die gegenseitige Erklärung über die aufgestellten Behauptungen, durch Mittheilung und Vorlage der Urkunden, sowie durch die geeigneten Fragen des Gerichts wie der Betheiligten soweit aufgehellt werden, um ein Interlocut thunlichst zu vermeiden und sofort zum Endurtheil zu gelangen [3].

II. Die andere Voraussetzung zur Erlassung eines Beweisurtheils ist das Vorliegen eines parteilichen Beweisanerbietens.

Das Beweisurtheil ergeht erst, nachdem die Parteien in der Verhandlung zu den von ihnen als erheblich, strittig und unerwiesen erachteten Thatsachen ihr Beweisanerbieten (der Art nach) gemacht haben [4]. Das gesammte also ausgeschüttete Beweismaterial trägt den rechtlichen Charakter des Vorbringens von Thatsachen und steht unter dem Gesetze der Verhandlungsmaxime [5]. Die Parteien sind hinsichtlich der Beweise ebenso frei wie in Ansehung der Behauptungen. Wie nicht zum Vorbringen der letzteren, so werden sie auch nicht zur Geltendmachung der ersteren angehalten.

Indem sich die gerichtliche Thätigkeit auf die Würdigung der Nothwendigkeit, Zulässigkeit und Erheblichkeit der Beweisangebote beschränkt, ist sie dieselbe wie bei Prüfung der Thatsachen. Das Gericht tritt an das Beweisanerbieten mit dem Gesetze sichtend und berichtigend heran und scheidet Unnöthiges, Unbrauchbares wie Unerhebliches aus, indem es das Erhebliche im Beweissatz und das Zulässige im Ausspruch über die angebotene Beweisart bezeichnet [6]. Beweiszulassung im Gegensatz zur deutschrechtlichen Beweisauflage [7].

---

1) Artikel 324 Absatz 1 und 328 Absatz 1 Pr. O.

2) Vgl. §§. 174—176.

3) Dies geht aus einem Zusammenhalt der Vorschriften über die schriftliche und mündliche Verhandlung, die gegenseitigen Behauptungen und Antworten, die Urkundenmittheilung und Production, sowie über das richterliche und parteiliche Fragerecht klar hervor. Abg. Ref. II, 118. Abg. Prot. II, 150.

4) Hannöv. Prot 1771.

5) Tu da mihi factum, ego tibi jus.

6) Vgl. hannöv. Prot. 1826—1827.

7) Das Abgeordnetenreferat spricht sich über diese beiden Systeme wie folgt aus (II, 119):

Wenn der Vorsitzende mit dem Rechte[8]), schon während der Verhandlung alle Fragen zu stellen, welche die Verhältnisse aufklären und für die Entscheidung in's rechte Licht setzen, auch die Befugniß[8]) hat, hiebei die Parteien darauf aufmerksam zu machen, daß vielleicht das Gericht diesen oder jenen Punct für relevant halten und solche Möglichkeit jetzt schon Grund zu einem eventuellen Beweisanerbieten sein könne; — wenn ferner das Gericht die etwa unterlassene Pflicht des Vorsitzenden nachträglich selbst und bei Meidung der Nichtigkeit auszuüben hat[9]): so wird hiedurch der Grundsatz, daß Beweise nicht auferlegt werden dürfen, keineswegs alterirt. Denn in der bezeichneten Erinnerung kann wohl eine Veranlassung, nicht aber eine Nöthigung zum Beweisanerbieten liegen.

Zu den Bestimmungen der Artikel 274, 328 Absatz 4 u. s. w. wurde der Gesetzgeber durch die Erwägung geleitet, daß es sonst gegenüber com-

---

Das eine System hält den Charakter des Beweisinterlocutes im Sinne des deutschen Processes in der Art fest, daß es lediglich dem **Richter** anheim gibt, nach beendigter Verhandlung die ihm relevant erscheinenden, zwischen den Parteien streitig gebliebenen Thatsachen zum Beweise auszusetzen und zugleich zu bestimmen, welcher Partei die Beweisführung hierüber obliege oder wie sich die Beweisführungspflicht zwischen den Parteien vertheile, worauf sodann erst die Parteien dazu gelassen werden, die ihnen auferlegten Beweise durch Benennung der ihnen allenfalls zu Gebote stehenden Beweismittel anzutreten. — Das andere System dagegen macht es zur Aufgabe der **Parteien**, selbst im Laufe oder am Schlusse der Verhandlung die noch streitigen und von ihnen für relevant erachteten Thatsachen hervorzuheben und sich zum Beweise hierüber unter Bezeichnung der Art, in welcher sie denselben führen wollen, zu erbieten, worauf sodann der Richter die Relevanz der von den Parteien bezeichneten Beweissätze und die Zulässigkeit der von ihnen angebotenen Art der Beweisführung zu prüfen und hienach im Beweisurtheile auszusprechen hat, welche Partei und in wie weit sie zu dem von ihr angebotenen Beweise zuzulassen sei.

Die Gründe, welche für und wider jedes dieser beiden Systeme geltend gemacht werden können, haben in den Verhandlungen der hannover'schen Commission die ausführlichste Darlegung gefunden (sie bildet den Hauptinhalt des VI. Bandes der Protokolle), auf welche ich hier Bezug zu nehmen mir erlaube. Es wird nicht verkannt werden können, daß für **beide** Systeme sehr erhebliche Erwägungen sprechen; doch scheinen mir die Vortheile des **zuletzt erwähnten** Systems, für welches unser Entwurf sich entscheidet, die überwiegenden zu sein in Anbetracht:

a) daß die Parteien, beziehungsweise deren Anwälte in dem Bewußtsein, bei erfolgtem Widerspruche ihrer thatsächlichen Behauptungen sofort zum Anerbieten des Beweises hierüber verpflichtet zu sein, sich vor Aufstellung unhaltbarer und frivoler Asserte sorgfältiger wahren werden;

b) daß durch den Wegfall eines besondern Beweisantretungstermins und durch die Möglichkeit, sogleich im Beweisurtheile die geeigneten Anordnungen bezüglich der Beweisaufnahme zu treffen, eine erhebliche Abkürzung des Verfahrens erzielt wird; — endlich

c) daß das hier bezeichnete System offenbar der Verhandlungsmaxime am konsequentesten entspricht, indem es die Möglichkeit ausschließt, daß einer Partei durch richterliches Urtheil eine Beweisführung gestattet werde, zu welcher gelassen zu werden sie selbst gar nicht verlangt, weil sie sich bewußt ist, einen solchen Beweis nicht liefern zu können, ja dieses vielleicht im Laufe der Verhandlungen selbst schon ausdrücklich erklärt hat.

8) Und der Pflicht.

9) Artikel 218, 274, 328 Absatz 4 Pr. O. Dem gänzlich fehlenden wird das wesentlich mangelhafte Beweisanerbieten gleichzuachten sein.

plicirten und controversen Vorschriften des Civilrechts über Beweislast den Parteien mitunter schwer werden möchte, in ihren Beweisanerbieten das nach richterlicher Ansicht Richtige zu treffen, daß sich ängstliche Parteien zu allen möglichen Beweisen ganz allgemein erbieten, andere die Beweise nachschleppen und den Proceß verzögern könnten, daß es endlich im Interesse des materiellen Rechts sei, processuale Präclusionen möglichst fernzuhalten. Der Besorgniß, daß im Anhalt an die vorbezeichneten Artikel die Anwälte etwa für nicht nöthig halten könnten, ihre Beweise früher anzubieten, als bis sie darauf vom Vorsitzenden oder Gericht besonders aufmerksam gemacht seien, wurde im Gesetzgebungsausschusse der Abg. Kammer kein Gewicht beigelegt, weil gegen solchen Mißbrauch die Oeffentlichkeit des Verfahrens ein Correctiv bilde und die Anwälte es nicht darauf ankommen lassen würden, ihre Beweisanerbieten erst in der Sitzung zu schreiben [10]).

## II. Capitel.

## Inhalt des Beweisurtheils [1]).

### §. 322.

In Ansehung der Zeit der Urtheilsfällung, der aburtheilenden Richter, der Beschließung (Berathung und Abstimmung), der Verkündung, vollstän-

10) Abg. Prot. II, 153—154.

1) Quellen zu Artikel 326 sieh' bei §. 173, zu Artikel 328 sieh' bei §. 320, zu Artikel 376, 377 sieh' bei §. 313.

Quellen zu Art. 331 Pr. O.
Abg. Ref. II, 122—123.
Abg. Prot. II, 162—164, 326—327, 355; IV, 89, 93, 133.
R. Ref. I, 20; II, 142—143.
R. Prot. II, 113; IV, 43.

Quellen zu Artikel 334 und 335 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 122—123.
Abg. Prot. II, 160—161, 162, 327—328, 355.
R. Ref. I, 20—21.
R. Prot. II, 113—114.

Quellen zu Art. 397 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 127—128; III, 49.
Abg. Prot. II, 178, 336, 337, 361; IV, 95, 140.
R. Ref. I, 22, 72—74; II, 159.
R. Prot. II, 172—176; IV, 46.

Quellen zu Artikel 402 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 147—148; III, 50. Abg. Prot. 209—210, 211, 338, 339, 362; IV, 96, 141.
R. Ref. I. 24; II, 163.
R. Prot. II, 212; IV, 57.

Quellen zu Artikel 403, 404, 405, 406 Pr. O.:
Abg. Ref. II. 147—148, 149; III, 50.
Abg. Prot. II, 209—210, 211—212, 338—339, 362—363; IV, 96, 141.
R. Ref. I, 24, 86; II, 163.
R. Prot. II, 212—213; IV, 57.

Quellen zu Artikel 438 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 129, 130—131; III, 52.

digen Abfassung [2]), Berichtigung, Erläuterung und Ergänzung des Beweisurtheils [3]) gelten die Vorschriften von der Fällung des Endurtheils [4]).

Den Inhalt des Beweisurtheils hat zu bilden einerseits die Anordnung des Beweises nach den drei Richtungen, was, von wem und womit zu beweisen sei (Feststellung von Beweisgegenstand, Beweislast und Beweisart, materieller Inhalt des Interlocuts, §. 322), anderseits die Anordnung darüber, wie der zugelassene Beweis zu erheben sei (Festsetzung der Beweisaufnahme, processualer Inhalt des Interlocuts, §§. 323 und 324).

I. Zur Feststellung des Beweisgegenstandes (thema probandum, Beweissatz) hat das Gericht die Erheblichkeit der parteilichen Beweissätze, gleichviel ob sie unmittelbar oder mittelbar [5]) auf die zu erprobenden Thatsachen gerichtet sind, zu prüfen und hienach das Beweisurtheil in der Art abzufassen, daß die Thatsachen bestimmt bezeichnet werden. An die Wortfassung der parteilichen Beweissätze ist das Gericht zwar nicht gebunden, es wird aber gut thun, wenn diese objectiv genug gehalten sind, sie möglichst wenig zu ändern [6]).

Beim Sachverständigenbeweis insbesondere hat das Gericht den Gegenstand der Begutachtung und die zu beantwortenden Fragen, ersteren allenfalls in Verbindung mit den letzteren im Interlocut zu bezeichnen [7]). Beim Augenschein ist dessen Gegenstand hinreichend individuell anzugeben.

Handelt es sich um Beweise, welche zu einander im Eventualverhältnisse stehen [8]), so ist zwar nicht vorgeschrieben, doch zweckmäßig dieses Verhältniß auszudrücken z. B. den Beweis der Klage, den eventuellen Beweis einer Einrede u. s. w.

Erheblich erscheint ein Beweissatz im Allgemeinen, wenn er eine relevante, strittige und ungewisse Thatsache direct oder indirect zum Gegenstande hat. Vgl. §§. 174—176.

II. Das Gericht hat bei Feststellung des oder der Beweissätze zugleich über die Vertheilung der Beweislast zu entscheiden d. i. zu bestimmen, welcher Partei der eigentliche oder uneigentliche Hauptbeweis [9]) und welcher Partei der selbständige oder jener Gegenbeweis zukömmt, der vor

---

Abg. Prot. II, 179—180, 182, 183—184, 345, 366; IV, 98, 145.
R. Ref. I, 26; II, 169.
R. Prot. II, 230; IV, 59.

Quellen zu Artikel 447 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 129.
Abg. Prot. II, 179, 183—184, 335, 367; IV, 99, 146.
R. Ref. I, 26; II, 170.
R. Prot. II, 231; IV, 59.

2) Ueber die Urtheilsredaction vgl. hannöver. Prot. 2073—2081.
3) d. h. in Ansehung des Modus der Aburtheilung.
4) Vgl. Abschnitt IV dieses Werkes, dann hannöv. Prot. 2032, 2063, 2073—2081.
5) Artikel 326 Pr. O.
6) Artikel 328 Absatz 1—3 Pr. O.
7) Artikel 438 Absatz 1 Pr. O.
8) Nicht zu verwechseln mit Beweismitteln, die im Eventualverhältnisse stehen, wie der Haupteid, worüber das Urtheil stets erst nach Erhebung der primären Beweismittel zu schöpfen ist.
9) Vgl. §. 177, §. 179 Ziffer II.

dem Beweisurtheil anzubieten und durch dasselbe ausdrücklich zuzulassen ist [10]).

Wo das Gericht von Amtswegen Beweis anordnet wie bei Augenschein, Begutachtungen cessirt natürlich ein Ausspruch über die Beweislast.

III. Das Gericht hat die Zulässigkeit der vorgeschlagenen Beweisart zu prüfen und die hienach zugelassenen Arten von Beweismitteln im Interlocut bestimmt zu bezeichnen [11]).

Beim Sachverständigenbeweis hat das Gericht in dem die Begutachtung anordnenden Urtheile zugleich die Personen der Sachverständigen zu bezeichnen, vorausgesetzt, daß es selbst die Beweiserhebung vornimmt. Wird hiemit ein Richter beauftragt, so kann diesem die Ernennung der Sachverständigen überlassen werden. Hierüber soll das Beweisurtheil gegebenen Falls Ausspruch enthalten [12]).

Welche Arten von Beweismitteln im Allgemeinen [13]) und für den einzelnen Fall [14]) zulässig sind [15]), wurde bereits erörtert [16]).

Eine bestimmte Vorschrift, daß wie bei der Beweisaufnahme einer- [17]) und dem Beweisanerbieten anderseits [18]) auch im Beweisurtheil die zuzulassenden Arten von Beweismitteln zusammengefasst werden sollen, enthält die Pr. O. zwar nicht. Doch setzt sie dies voraus [19]). Der Regierungsentwurf enthielt eine bezügliche Vorschrift [20]):

> „Verschiedene Beweismittel sollen sowohl im Beweisurtheil als auch in der Verhandlung soweit es ihre Natur gestattet verbunden werden."

Uebrigens hat das Gericht hier freiere Hand. Es kann, wenn dies ihm zweckmäßig erscheint, das Urtheil auf einzelne von mehreren vorgeschlagenen Beweisarten vorläufig beschränken [21]), indem es die Entscheidung über die weiteren auf den Bedürfnißfall vorbehält [22]).

## §. 323.

In processualer Hinsicht hat das Beweisurtheil Bestimmung darüber zu treffen, ob die Beweisaufnahme ganz oder theilweise durch das Proceßgericht oder einen beauftragten Richter stattfinden, sodann zu welcher Zeit sie im einen wie im andern Fall geschehen bezw. veranlasst werden soll.

In Ansehung der ersteren Frage enthält das Gesetz theils allgemeine theils besondere Bestimmungen für die einzelnen Beweismittelarten.

I. Im Allgemeinen gilt als Regel die Anordnung der Beweisauf-

---

10) §. 178 ff.
11) Artikel 328 Absatz 1 und 2 Pr. O.
12) Artikel 438 Pr. O.
13) Artikel 325 Pr. O.
14) Hauptstück X—XIV Pr. O.
15) Vgl. Abg. Prot. II, 325.
16) §§. 184 ff.
17) Artikel 337 Pr. O.
18) §. 315.
19) Abg. Prot. II, 328.
20) Artikel 281 Absatz 2 Rg.Entw.
21) Analog Artikel 157 Pr. O.
22) Der Haupteid ist kraft Gesetzes ein eventuell zu würdigendes Beweismittel.

nahme in der Sitzung des Proceßgerichts [1]). Bei der Regel soll es, soweit immer thunlich, bleiben. Dieser Gesichtspunct ist auch bei den Vorschriften über die einzelnen Beweismittel, namentlich den Zeugenbeweis vorwaltend [2]).

Gestatten aber Gegenstand und Art der Beweisführung die Erhebung in der Sitzung nicht, so soll dieselbe ausnahmsweise durch einen beauftragten Richter angeordnet werden [3]).

1) Hat die Beweisaufnahme im Inland stattzufinden, so beauftragt das Gericht im Urtheil eines seiner Mitglieder oder ein Einzelngericht des Königreichs [4]). Es macht keinen Unterschied, ob dieses Einzelngericht dem Proceßgericht untergeordnet ist oder nicht, ob es zu dessen Sprengel gehört oder nicht und ob etwa die zu vernehmenden Zeugen alle im Sprengel des beauftragten Einzelngerichts wohnen oder nicht. Zwar soll in der Regel jenes Einzelngericht gewählt werden, welches mit Rücksicht auf die Wohnorte der Zeugen ꝛc. das gelegenste ist. Doch ist Eines hiebei zu beachten. Der committirte Einzelnrichter handelt nicht als solcher, sondern als Beauftragter des Proceßgerichts. Der bisher geltende Grundsatz, wonach das Bezirksgericht nur ein ihm untergeordnetes Stadt- oder Landgericht direct beauftragen konnte, andernfalls aber das einschlägige Bezirksgericht um solchen Auftrag ersuchen mußte, ist verlassen, um einen unnöthigen Umweg zu vermeiden und weitere bezügliche Vorschriften zu ersparen [5]).

Bei der Wahl des Richtercommissärs ist, da in der Regel nur ein Commissär ernannt wird, darauf zu sehen, daß u. U. weiter committirt werden muß [6]). Es ist sachgemäß, den Beauftragten aus jenen Mitgliedern des Proceßgerichts zu nehmen, welche der Verhandlung beigewohnt haben, welchen Falls dann auch eine Recusation nicht zu besorgen steht.

Kann das bezeichnete Gerichtsmitglied wegen eingetretener Verhinderung die aufgetragene Handlung nicht vornehmen, so ernennt der Gerichtsvorstand, bei Gerichten mit mehreren ständigen Civilsenaten der einschlägige Senatsvorstand ein anderes Mitglied an dessen Stelle und läßt die Anwälte davon durch die Gerichtsschreiberei in Kenntniß setzen [7]). Der Senatsvorstand kann nur ein Mitglied seines Senats beauftragen. Die übrigen Gerichtsmitglieder können nur vom Gerichtsvorstande mit Functionen beauftragt werden. Reichen die Mitglieder des betreffenden Senats nicht aus, ist derselbe nicht mehr genügend besetzt ꝛc., so hat der Gerichtsvorstand den Senat durch andere Gerichtsmitglieder zu ergänzen [8]),

1) Artikel 344 S. 1 Pr. O.
2) Abg. Prot. II, 327.
3) Artikel 334 Pr. O. voce „Andernfalls ꝛc."
4) Artikel 334 Pr. O. Satz 2.
5) R. Prot. II, 113—114.
6) Artikel 407 Pr. O.
7) Artikel 334 Pr. O. Satz 3.
8) Artikel 116 Absatz 1, Artikel 120 Absatz 4 des Einf. Ges. zur Pr. O., dann §§. 4 u. 6 der V. O. v. 16. Juni 1870, den Vollzug des Artikel 121 der Pr. O. betr. Vgl. §§. 39 ff. dieses Werks.

aus welchen dann der Senatsvorstand den Commissär ernennt. Uebrigens wird ein solcher Fall selten eintreten. Denn in der Regel sind die Senate mit mehr Richtern besetzt, als für die Sitzung erforderlich. Der Senatsvorstand aber kann gegebenen Falls auch diese Ersatzmänner committiren [9]). Nach französischem Proceß kann nur das Gericht auf Antrag der Parteien und nach vorgängiger Verhandlung einen Commissär ernennen. Allein da sich für Fälle plötzlicher Verhinderung des Richtercommissärs, wenn sie namentlich nach bereits anberaumtem Zeugenverhör und ergangener Ladung der Zeugen eintritt, aus solchem Verfahren Verzögerungen und Kostenmehrungen ergeben, weicht die bayer. Pr. O. vom Principe ab. In der Regel werden die Parteien von der Substitution eines andern Richters noch vor der Beweisaufnahme verständigt werden können. Ergibt sich die Verhinderung sehr spät z. B. erst im Momente der vorhablichen Abreise des Commissärs und nachdem vielleicht die Anwälte schon an den Ort der Beweisaufnahme abgereist sind, so genügt, wenn der neuernannte Commissär dieselben in der Tagfahrt vor Beginn des Geschäfts von seinem Commissorium in Kenntniß setzt. Allerdings werden hiedurch die Parteien manchmal wenn auch selten in ihrem Recusationsrechte etwas beengt [10]). Würden die Parteien in der Tagfahrt gar nicht erscheinen, so ist freilich eine der Beweiserhebung vorgängige Vernachrichtung derselben in solchen Fällen nicht mehr thunlich. Sie müssen sich dann mit der nachträglichen Inkenntnißsetzung durch die Gerichtsschreiberei begnügen. Denn Artikel 344 schreibt eine der Beweisaufnahme vorausgehende Verständigung nicht vor [11]).

2) Die Jurisdiction der bayerischen Gerichte erstreckt sich nicht auf Ausländer, welche Wohnung oder ständigen Aufenthalt im Inlande nicht haben. In Ermangelung besonderer Staatsverträge sind deshalb Ausländer, wenn sie sich nicht freiwillig beim Proceßgerichte stellen, als Zeugen, Sachverständige 2c. im Auslande zu vernehmen. Auch Urkundenproduction (vgl. §. 312 Ziffer II) und Augenschein kann u. U. im Ausland vorzunehmen sein.

Um Beweisaufnahmen, welche im Ausland vorgenommen werden sollen, ist die für den Ort der Erhebung zuständige ausländische Gerichtsbehörde, falls aber hiegegen besondere Bedenken bestehen, die betreffende bayerische Gesandtschaft oder ein bayerisches Consulat zu ersuchen [13]).

Ist dem Proceßgerichte unbekannt, welche Behörde im Ausland zuständig ist, so genügt es, im Beweisurtheil allgemein die zustän-

9) Abg. Prot. II, 160—161.

10) Wo möglich ist einer derjenigen Richter zu substituiren, welche zum Urtheile mitgewirkt haben. Dieser wird nicht mehr wohl recusirt werden.

11) Nähere Bestimmungen darüber, wie die Parteien vom Wechsel des Richtercommissärs durch die Gerichtsschreiberei zweckentsprechend zu verständigen sind, können durch Dienstinstruction getroffen werden. Der Gerichtsvorstand hat deren Vollzug geeignet zu überwachen.

12) Von Eidesabnahmen gilt dasselbe.

13) Artikel 335 Absatz 1 Pr. O.

dige Behörde als ersucht zu bezeichnen. Der betr. Partei ist überlassen, das Weitere zu bethätigen. Der Vollzug der angeordneten Requisition ist in jedem Falle Sache des Parteibetriebs, nicht des Staatsanwalts oder Gerichts. Vgl. §. 114.

Von der Befugniß, die betreffende bayer. Gesandtschaft oder ein bayer. Consulat um die Beweisaufnahme zu ersuchen, darf nur ausnahmsweise Gebrauch gemacht werden, d. h. wenn es, wie schon vorkam, unthunlich erscheint, die ausländische Gerichtsbehörde zu ersuchen [14]). Bei Consulaten kömmt es, wenn deren Territorialcompetenz [15]) nicht genau bestimmt ist, auf diese nicht an [16]).

Vorbehaltlich besonderer Bestimmungen des Gesetzes genügt es zur Giltigkeit von Beweishandlungen im Auslande nicht blos in Ansehung der Form, sondern im Allgemeinen [17]), wenn die vorgenommene Handlung entweder den am Orte geltenden Vorschriften oder der bayer. Pr. O. entspricht [18]). Doch gilt dies nur von der im Auslande zu bethätigenden Haupthandlung und den allenfalls hiezu gehörigen nur dort vorzunehmenden Hilfsacten z. B. Zeugenvorladungen. Andere Beweishandlungen wie die Zustellung des Beweisurtheils, das Beweisaufnahmebetriebsgesuch, die Zustellung des die Erhebungstagfahrt verordnenden Beschlusses an den Gegner, der Zeugendenomination u. s. w. richten sich nur nach der bayer. Pr. O.

Die vom zuständigen ausländischen Gericht gepflogene Beweisaufnahme hat die Vermuthung der Legalität nach dem Rechte des Auslandes für sich.

Die Entscheidung darüber, ob Beweisaufnahme durch das Proceßgericht oder einen Commissär anzuordnen sei, kann mitunter allerdings schwierig werden, weil die Beweismittel in der Verhandlung nur der Art nach angegeben werden. Bei den Gesetzgebungsverhandlungen wurde von der Annahme ausgegangen, daß diese Schwierigkeit durch die vom Vorsitzenden bei der Verhandlung anzustellenden Recherchen zu überwinden sein dürften. Die Anwälte müssen sich vorher schon in Ansehung der einzelnen Beweismittel, der persönlichen Verhältnisse der vorzuschlagenden Zeugen ꝛc. informiren, um die hier nöthigen Aufschlüsse geben zu können [19]). Vgl. §. 324.

II. An die unter Ziffer I erläuterten allgemeinen Vorschriften reihen sich besondere Bestimmungen an, je nachdem die Erhebung von Zeugen-, Sachverständigen-, Augenscheins- oder Urkundenbeweis in Frage ist.

1) Für den Zeugenbeweis wiederholt auch eine Sondervorschrift der Pr. O. [20]) die allgemeine Regel der Beweisaufnahme in der

14) Abg. Prot. II, 162.
15) Was mitunter der Fall ist.
16) Abg. Prot. II, 162.
17) Allerdings können sich bei Anwendung des Artikel 335 Absatz 2 der Pr. O. eigenthümliche Schwierigkeiten ergeben. Da diesen nicht wohl durch gesetzliche Vorschriften durchweg begegnet werden kann, wurde die alleg. Vorschrift möglichst weit gefaßt. Abg. Prot. II, 328.
18) Artikel 335 Absatz 2 Pr. O.
19) Abg. Prot. II, 163—164, 209.
20) Artikel 402 Pr. O.

Sitzung des Proceßgerichts [21]). Es beweist dies, wie großes Gewicht das Gesetz auf die unmittelbar mündliche Verhandlung vor dem aburtheilenden Gericht gelegt und wie sehr es vermieden wissen will, daß das Wesentliche des Werths einer Zeugenaussage durch Erhebung außerhalb der Sitzung verloren gehe.

Die gleichwohl von der Regel bestehenden Ausnahmen sind theils zwingender [22]), theils facultativer [23]) Art. Jene finden nur in ganz bestimmten Fällen statt, diese sind allgemeiner Natur.

a) Die Vernehmung der Mitglieder des k. Hauses richtet sich nach den Bestimmungen des jeweils geltenden [24]) Familienstatuts [25]).

Zur Zeit gilt das Statut vom 5. August 1819. Nach §. 3 Tit. X desselben hat die Vernehmung durch den Präsidenten des obersten Gerichtshofs zu geschehen. Das Protokoll ist dem einschlägigen Gerichte mitzutheilen.

Die Pr. O. enthält für die bezeichnete Vorschrift einen eigenen Artikel, weil sie einen für sich bestehenden, nicht nach Hauptstück XII zu beurtheilenden Fall betrifft, wie denn auch die Bestimmungen über die Anwesenheit der Parteien und deren Fragerecht bei der Vernehmung unanwendbar sind [26]).

An den ebenerwähnten reiht das Gesetz drei weitere Specialfälle an.

Zeugen, die wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit bei Gericht nicht erscheinen können, sind durch einen beauftragten Richter in ihrer Wohnung zu vernehmen [27]).

Zeugen, welche eine zum Armenrecht zugelassene Partei vernehmen lassen will, sind durch das Einzelngericht ihres Wohnorts zu vernehmen, wenn der Sitz desselben diesem näher ist als der des Proceßgerichts [28]). Die Ausnahme besteht im Interesse der Kostenersparung. Daraus erklärt sich, warum auch ein Mitglied des Proceßgerichts nicht mit der Vernehmung beauftragt werden darf. Allerdings gehen hiemit die Vortheile der Unmittelbarkeit auch für den Gegner des Armen verloren. Immerhin ist dies das kleinere Uebel. Denn außerdem müßte entweder der Arme seinen Zeugenbeweis ganz verlieren oder die Staats- oder Gemeindekasse für die Zeugengebühren in Anspruch genommen werden [29]). Uebrigens läßt die Vorschrift des Artikel 404 Absatz 2 dem Gericht die Möglichkeit offen, auch unter den vorbezeichneten Verhältnissen die Zeugenvernehmung durch das Proceßgericht oder ein Mitglied desselben an drittem Orte zu

21) Artikel 334 Pr. O. Vgl. Ziffer I.
22) Artikel 403 und 404 Pr. O. Litt. a der obigen Darstellung.
23) Artikel 405 Pr. O. Litt. b obiger Darstellung.
24) Abg. Prot. II, 338.
25) Artikel 403 Pr. O.
26) Abg. Ref. II, 148.
27) Artikel 404 Absatz 1 Pr. O.
28) Artikel 404 Absatz 2 Pr. O.
29) Abg. Prot. II, 211.

verfügen, wenn besondere Umstände hiefür sprechen z. B. wenn um der Sache Willen die Verbindung aller Zeugenvernehmungen sich empfiehlt. Argum. voce „in der Regel" [30]).

Ist endlich ein Augenschein durch einen Commissär einzunehmen, so hat dieser auch die damit verbundenen Zeugenverhöre vorzunehmen [31]). Denn das Verhör kann zweckfördernd erst geschehen, wenn Richter und Zeugen das Augenscheinsobject eingesehen haben und von den Parteien auf die erheblichen Puncte aufmerksam gemacht wurden.

b) Das Gericht kann die Vernehmung aller oder einzelner Zeugen einem beauftragten Richter ausnahmsweise auch deshalb übertragen, weil nach der Beschaffenheit der zu beweisenden Thatsachen und den Erklärungen der Parteien anzunehmen ist, daß die Vernehmung der Zeugen durch das Gericht mehrere Sitzungstage (nicht etwa blos mehrere Sitzungen am selben Tage z. B. Vor- und Nachmittags [32]) in Anspruch nehmen würde, oder weil sonst besondere Hindernisse ihr entgegenstehen [33]). Eine Pflicht besteht auch in solchen Fällen nicht, einen Commissär zu ernennen. So kann z. B. die Schwierigkeit der Sache Anlaß sein, die Zeugen in der Sitzung zu vernehmen, auch wenn deren noch so viele sind. Vor dem Postulate gründlicher Rechtsprechung treten alle Nebenrücksichten auf Zeitersparung u. dgl. zurück [34]).

Im abgekürzten Proceß verhandelte Sachen können auch im Beweisverfahren dadurch beschleunigt werden, daß die Zeugenvernehmung in der Sitzung stattfindet. Allein deshalb allein, weil eine Sache in dem an sich auf längere Dauer bemessenen regulären Verfahren verhandelt wurde, darf die Beweiserhebung nicht einem beauftragten Richter übertragen werden [35]).

Wohnen die einzelnen Zeugen in den Sprengeln verschiedener Einzelngerichte, so ist zweckmäßig, nicht mehrere Commissorien zu ertheilen, sondern denjenigen Einzelnrichter für alle Vernehmungen zu beauftragen, in dessen Bezirk die Mehrzahl der Zeugen wohnt [36]).

Steht das Gericht in der Wahl, eines seiner Mitglieder oder ein Einzelngericht zu committiren, so soll im Zweifel das Erstere geschehen [37]).

2) Beim Expertenbeweis ist

a) die mündliche Vernehmung [38]) der Sachverständigen in einer sofort anzuberaumenden Sitzung des Proceßgerichts unter Umgang-

30) Abg. Prot. II, 339.
31) Artikel 404 Absatz 3 Pr. O.
32) Abg. Prot. II, 339.
33) Artikel 405 Pr. O.
34) R. Prot. II, 212—213.
35) Abg. Ref. II, 148; Abg. Prot. II, 209.
36) Abg. Prot. II, 209.
37) Abg. Prot. a. a. O.
38) Welche im allgemeinen nach den Vorschriften über Zeugenvernehmung gepflogen wird. Artikel 443 Pr. O.

nahme von der Ernennung eines Commissärs und Erhebung schriftlicher Gutachten anzuordnen, wenn die Beantwortung der zu lösenden Fragen entweder gar nicht von einer vorausgehenden Besichtigung oder Untersuchung bedingt ist oder doch nur von einer solchen, welche auch in der Sitzung des Proceßgerichts vorgenommen werden kann, und **wenn zugleich** die Sachlage dem Experten eine einfach zu begründende ohne Schwierigkeit und Verzug zu erledigende Aufgabe darbietet.

Dieses in der bayr. Rheinpfalz bisher für Handelssachen bestandene Verfahren hat sich bewährt [39]).

Es versteht sich von selbst, daß auch bereits vorgeladene und erschienene Sachverständige aus der Sitzung hinweg etwa mit den Parteien an einen nahe gelegenen Ort geschickt werden können, um den betr. Gegenstand zu besehen und dann sofort zur mündlichen Abgabe ihres Gutachtens in die Sitzung zurückzukehren. Die Befugniß zu solcher Anordnung liegt schon im richterlichen Proceßleitungsrechte [40]).

b) Treffen die ebenerwähnten Voraussetzungen nicht zu, erfordert das Gutachten eine vorgängige Untersuchung oder Besichtigung, welche nicht in der Sitzung vorgenommen werden kann, oder steht ein umfassenderes Gutachten zu erwarten, so ist im Beweisurtheil ein mit dessen Vollzug beauftragter Richter zu ernennen [41]).

Indessen ist der Umfang des zu ertheilenden Commissoriums nicht überall der gleiche.

Das Gericht kann im Urtheil verfügen, daß der beauftragte Richter **nur die Einweisung** der Sachverständigen vorzunehmen, die letzteren aber Befundbericht und Gutachten blos mündlich in einer im Interlocut festzusetzenden Sitzung abzugeben haben [42]). Auch die etwa zur Gutachtensabgabe nöthigen Untersuchungen müssen natürlich in diesem Falle außerhalb der Sitzung gepflogen werden. Die Ernennung der Sachverständigen kann vom Proceßgericht geschehen oder dem Commissär überlassen werden [43]). Von der ihm durch Artikel 447 eingeräumten Befugniß wird das Gericht Gebrauch machen, wenn zwar eine vorgängige Besichtigung oder Untersuchung, die nicht füglich in der Sitzung gepflogen werden kann, nöthig ist, das abzugebende Gutachten aber weder ein tieferes Eingehen noch umfassendere Motivirung erheischt, vielmehr auf der Stelle abgegeben werden kann.

Erscheint Letzteres unmöglich, so hat das Beweisurtheil **die volle Aufnahme des Expertenbeweises, die Einweisung der Sachverständigen und die Erhebung eines**

39) Argum. Artikel 438 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Ref. II, 129; Abg. Prot. II, 179.

40) Abg. Prot. II, 183–184.

41) Artikel 438 Absatz 2 Pr. O.

42) Artikel 447 Pr. O. Abg. Prot. II, 183–184.

43) Beeidigt werden die Sachverständigen erst nachträglich in der Sitzung. Was das Recht der Parteien anlangt, der Einweisung beizuwohnen, so sind die allgemeinen Vorschriften maßgebend.

schriftlichen Gutachtens durch den ernannten Commissär anzuordnen[44]).

Ergibt sich erst in der Sitzung die Nothwendigkeit einer bisher nicht angeordneten Besichtigung &c., so kann diese durch nachträgliches Urtheil in der einen oder anderen Art verfügt werden, wenn nicht von der obenerwähnten Befugniß Gebrauch gemacht werden will, die Sachverständigen von kurzer Hand aus der Sitzung gegen alsbaldiges Wiedererscheinen in derselben wegzusenden.

3) Die Einnahme des Augenscheins durch das Proceßgericht ist im Urtheil[45]) anzuordnen, wenn derselbe in der Sitzung vorgenommen werden kann z. B. durch Verbringung der zu besichtigenden Gegenstände in den Sitzungssaal.

Ein Gleiches kann im Interlocute[45]) verfügt werden, wenn der Augenschein sich zwar nicht in der Sitzung aber doch am Gerichtssitze oder in dessen Nähe einnehmen läßt[46]).

Ist keiner der vorerwähnten Fälle einschließlich jenes in Anmerkung 45 bezeichneten gegeben, vielmehr der Ort des Augenscheins soweit entfernt, daß dahin eine Reise mit Kostenaufwand unternommen werden müßte, oder ist, gleichviel wo der Augenschein einzunehmen, damit eine ausgedehnte zeitraubende Zeugenvernehmung zu verbinden: so ist mit der Vornahme ein Mitglied des Proceßgerichts oder ein Einzelngericht zu beauftragen[47]).

4) Wird auf Zulassung von Urkundenbeweis ausnahmsweise interloquirt[48]), so hat das Urtheil die Production der betreffenden Urkunden in der Sitzung des Proceßgerichts anzuordnen und zwar in derjenigen Sitzung, welche zur Beweisaufnahme überhaupt bestimmt wird[49]). Argum. Artikel 370 Absatz 1 und Artikel 334 Pr. O. Der Fall, „daß Gegenstand und Art der Beweisführung die Aufnahme in der Sitzung gestatten," trifft bei Urkunden in erster Linie ein. Eine Ausnahme hievon wurde in §. 312 Ziffer II erwähnt.

Ist auf Zulassung zum Aechtheits- oder Falschheitsbeweise zu interloquiren[50]), so müssen zwei Fälle unterschieden werden.

---

44) Hier greift dann jenes ausgedehnte Verfahren Platz, wonach der Commissär auf Antrag des betreibenden Theils die Einweisungstagfahrt festsetzt, die Sachverständigen, über ihre Aufgabe in der Tagfahrt belehrt, zur obliegenden Untersuchung &c. schreiten und ihr Gutachten bei dem beauftragten Richter innerhalb der ihnen von diesem gegebenen Frist schriftlich oder protokollarisch niederlegen. Hierauf kann die Anmeldung zur Verhandlung der Sache in der Sitzung nach Artikel 344 Absatz 2 der Pr. O. erfolgen. Abg. Ref. II, 129.

45) Hiedurch unterscheidet sich der vorwürfige von dem bereits erwähnten Falle des Augenscheins von kurzer Hand. Vgl. §. 311. Nur beim letzteren wird das Verfahren nach Artikel 344 Absatz 2 der Pr. O. (Anmeldung zur Wochentabelle, unter Umständen Mittheilung motivirter Anträge) erspart.

46) Artikel 397 Absatz 1 Pr. O.

47) Artikel 397 Absatz 2 Pr. O.

48) Artikel 329 Pr. O. § 312 Ziffer I, 2.

49) Abg. Prot. II, 334.

50) Vgl. §. 313.

a) Wird der Aechtheitsbeweis ꝛc. durch Zeugen oder durch Eideszuschiebung angeboten, so kommen die für Erhebung dieser Beweismittel geltenden Vorschriften zur Anwendung[51]).

Will der Beweis durch andere Urkunden unmittelbar geführt werden d. h. in der Art, daß nicht etwa aus der Gleichheit der Schriftzüge künstliche, sondern aus dem Inhalt dieser Urkunden directe Probe für die Aechtheit ꝛc. der angefochtenen erbracht werde: so gelten die Bestimmungen über Urkundenbeweis. Wird aber

b) der Aechtheitsbeweis ꝛc. durch Schriftvergleichung[52]) (Augenschein und Sachverständige) angeboten: so ist, wenn das Gericht die Schriftvergleichung ohne Sachverständige vornehmen will[53]), im Beweisurtheil eine spätere Sitzung zu diesem Zweck festzusetzen[54]) m. a. W. ein Commissär nicht zu ernennen. Nur wenn die persönlich zum Zweck der Niederschreibung einer Vergleichungsschrift[55]) vorzuladende[56]) Gegenpartei durch Entfernung vom Gerichtssitz, Krankheit oder andere Umstände[57]) vor dem Proceßgericht zu erscheinen verhindert und dies schon bei Erlassung des Beweisurtheils constatirt ist, kann angeordnet werden, daß die Handlung bei dem Gerichte ihres Wohnorts bezw. in ihrer Wohnung durch einen beauftragten Richter stattfinde[58]). Uebrigens ist auch das Proceßgericht befugt, die Verhandlung in der Wohnung der betr. Partei am Sitze des Gerichts abzuhalten.[59]). Dieselben Bestimmungen finden Anwendung, wenn ein zum Zweck der Erklärung über die Vergleichungsschriften und zum Niederschreiben eines Aufsatzes zum Behuf der Schriftenvergleichung vorzuladender Dritte[60]) in der vorbezeichneten Weise zu erscheinen verhindert und dies schon bei Erlassung des Beweisurtheils constatirt ist[61]).

Will endlich das Gericht die Schriftenvergleichung unter Zuziehung von Sachverständigen[62]) anordnen, so finden in Ansehung der Frage, ob im Urtheil die Beweiserhebung durch das Gericht oder einen Commissär zu verfügen sei, die einschlägigen Vorschriften über den Sachverständigenbeweis Anwendung[63]). Vgl.

51) Artikel 376 Absatz 3 Artikel 383, 457 Pr. O.
52) Beweis durch Schlußfolgerung, künstlicher Beweis.
53) Wozu das Gericht berechtigt ist, auch wenn die Parteien die Zuziehung Sachverständiger beantragt haben.
54) Artikel 377 Pr. O.
55) Artikel 380 Absatz 1 Pr. O.
56) Vgl. Abg. Prot. IV, 326.
57) Mag sie in beiden letzteren Fällen am Sitze des Proceßgerichts wohnen oder nicht.
58) Artikel 380 Absatz 4 Pr. O.
59) R. Ref. II, 155; Abg. Prot. IV, 326. Verpflichtet ist das Proceßgericht hiezu nicht.
60) Artikel 381 Pr. O.
61) Artikel 381 Absatz 1 Pr. O.
62) Wozu das Gericht berechtigt ist, auch wenn Sachverständigenbeweis nicht angeboten wurde.
63) Artikel 377 Pr. O. letzter Satz.

oben Ziffer 2. Ist zugleich einer der vorerläuterten Fälle der Artikel 380 Absatz 4 und 381 Absatz 1 gegeben und dies schon bei Erlassung des Beweisurtheils constatirt, so gelten die bezüglichen Bestimmungen auch hieher.

## §. 324.

Das Beweisurtheil hat nächst der Anordnung darüber, ob die Beweiserhebung durch das Proceßgericht oder einen beauftragten Richter, ob sie in oder außerhalb der Sitzung stattfinden soll, für beide Fälle zugleich zu bestimmen, zu welcher Zeit die Beweisaufnahme zu bethätigen oder doch zu veranlassen sei.

I. In allen Fällen, in welchen das Interlocut verfügt, daß die Beweisaufnahme durch das Proceßgericht [1]) zu geschehen habe, hat das Urtheil auch die Sitzung bez. Tagfahrt zu bestimmen, in welcher die Beweisaufnahme vor sich gehen soll. Artikel 334, 370 Absatz 1, Artikel 376 Absatz 3, Artikel 377, 397 Absatz 1 [2]), Artikel 402, 447 [3]) der Pr. O.

Zugleich kann die für Zustellung des Beweisurtheils [4]) gesetzlich vorgeschriebene, aber der Erweiterung nach Artikel 209 entrückte [5]) achttägige Frist, welche zwischen der Zustellung und Tagfahrt in Mitte liegen muß, wenn sie nicht ausreichend erscheint, durch das Gericht nach Bedürfniß der Sache mit Rücksicht auf die Wohnorte und sonstigen Verhältnisse der Parteien erweitert werden [6]). Hiedurch soll den sämmtlichen Parteien und ihren Gewalthabern das Erscheinen bei der Tagfahrt ermöglicht werden. Uebrigens ist zu solcher Fristerweiterung das Proceßgericht nur berechtigt nicht verpflichtet, ausgenommen es handle sich um einen Fall, in welchem das persönliche Erscheinen der Partei absolut geboten ist z. B. u. U. bei der Schriftvergleichung [7]). Die Fristerweiterung ist bei gegebenen Voraussetzungen im Beweisurtheil mitauszusprechen. Die Vorschrift des Artikel 331 Absatz 3 der Pr. O. gilt auch für den Fall, daß eine Tagfahrt

---

1) Gleichviel ob in der Sitzung oder am Sitze des Proceßgerichts oder in dessen Nähe. Artikel 397 Absatz 1 Pr. O.

2) Der Artikel 397 Absatz 1 der Pr. O. spricht allerdings zunächst nur von dem Falle, in welchem der Augenschein durch das Proceßgericht außerhalb der Sitzung vorzunehmen ist. Ist der Augenschein in der Sitzung an dahin verbrachten Gegenständen ꝛc. einzunehmen, so folgt nicht blos aus der allgemeinen Vorschrift des Artikel 334, sondern auch aus Artikel 397 Absatz 1, daß diese Sitzung im Beweisurtheil mit zu bestimmen ist.

3) Was die Pr. O. in Artikel 447 für den Fall verordnet, wenn lediglich für die Experteneinweisung ein Commissär ernannt wird, versteht sich selbst, abgesehen von der allgemeinen Vorschrift des Artikel 334, um so mehr dann, wenn ein beauftragter Richter für Erhebung des Sachverständigenbeweises überhaupt nicht ernannt wird. Argum. Artikel 438 Absatz 2 Pr. O.

4) Welche Zustellung zugleich als Vorladung zur Beweisaufnahmstagfahrt gilt. Artikel 339 Pr. O.

5) Artikel 331 Absatz 2 Pr. O. Sie ist weder mit Rücksicht auf den Wohnort des Anwalts nach jenen der Partei erweitert, mag diese durch einen Anwalt vertreten sein oder nicht.

6) Artikel 331 Absatz 3 Pr. O.

7) Auch bei der Eidesleistung.

zur Augenscheinseinnahme durch das Proceßgericht selbst angeordnet wird[8]). Um dies auszudrücken, sagt Artikel 331 Absatz 2:

„Ist im Urtheile die Tagfahrt zur Beweisaufnahme bestimmt",

und nicht:

„Ist die Beweisaufnahme in der Sitzung angeordnet."

In Sachen, welche im abgekürzten Verfahren verhandelt worden sind, ist zwar dem Gerichte unbenommen, bei Festsetzung der Beweisaufnahmstagfahrt auf die etwa notorisch fortdauernde Verzugsgefahr durch Näherrücken der Tagfahrt Rücksicht zu nehmen. Doch darf dies keineswegs soweit gehen, gesetzlich bestimmte Fristen[9]) zu verkürzen.

Die Verpflichtung des Gerichts, schon im Beweisurtheil die Erhebungstagfahrt festzusetzen, kann unter Umständen, namentlich beim Zeugenbeweis, erschwert sein. Wäre auch weniger Gewicht auf den Umstand zu legen, daß das Beweisanerbieten sich noch nicht mit der Individualbenennung der Beweismittel befaßt, so kann doch der Beweisführer zur Zeit selbst außer Stand sein, dem Vorsitzenden völlig genügende Anhaltspuncte für Bemessung des zu wählenden Tags und der zeitlichen Ausdehnung des Beweisaufnahmegeschäfts an die Hand zu geben, namentlich über die Zahl der Zeugen, ihre persönlichen und Wohnsitzverhältnisse 2c. Indessen lassen die Erfahrungen der Praxis diese Schwierigkeiten nicht unüberwindlich erscheinen. Einige Anhaltspuncte bezüglich der Einfachheit oder Ausdehnung und Verwickeltheit der Beweisaufnahme liefert schon die Verhandlung. Die Anwälte haben überdies die Pflicht, für eine vollständige und gründliche Information auch in Ansehung der Beweisführung rechtzeitig zu sorgen. Sie müssen, wenn zu erwarten steht, daß die Verhandlung ihre bisherige Information als nicht ausreichend erscheinen lassen könnte, die Anwesenheit der Partei in der Sitzung veranlassen, um hier sofort ihre Information ergänzen zu lassen u. s. w. Endlich ist es u. A. Sache des Gerichts, auf den betreffenden Tag nicht zu viele anderweite Verhandlungen anzuberaumen. Sollte es dann gleichwohl vorkommen, daß eine Beweisaufnahme länger dauert als ursprünglich vorausgesetzt, so können die übrigen Sachen zurückgeschoben oder es kann die Beweisaufnahme an den folgenden Tagen fortgesetzt werden[10]).

II. Wenn und soweit[11]) die Beweisaufnahme durch einen beauftragten Richter stattzufinden hat, ist die Tagfahrt hiezu zwar stets durch diesen auf Gesuch des beweispflichtigen bezw. betreibenden Theils festzusetzen[12]). Denn wenn ein anderes inländisches oder ausländisches Gericht mit der Beweisaufnahme beauftragt oder darum ersucht wird, ergibt sich von selbst die Unthunlichkeit einer Tagfahrtsfestsetzung im Beweisurtheil. Nicht anders verhält es sich, wenn zum Commissär ein Gerichtsmitglied bestimmt wird, das der betreffenden Sitzung gar nicht beigewohnt hat, sondern etwa nur Ergänzungsmitglied des Senats ist. Aber auch einem aus den Sitzungsmitgliedern committirten Richter würde es mit Rücksicht auf seine üb-

8) Artikel 397 Absatz 1 Pr. O. init.
9) Z. B. in Artikel 331 Absatz 2 Pr. O. Vgl. R. R. II, 143.
10) Abg. Prot. II, 163—164, 209.
11) Vgl. Artikel 447 Pr. O.
12) Hierüber das Nähere im III. Abschnitt.

rigen Geschäfte nicht selten unmöglich sein, sofort den ihm passenden Tag zu bezeichnen [13]).

Dagegen ist in einem Falle schon im Beweisurtheil anzuordnen, binnen welcher Frist von den Parteien das Gesuch um Anberaumung der erwähnten Tagfahrt zu stellen sei.

Handelt es sich nämlich um ein Zeugenverhör außerhalb der Sitzung, so ist im Beweisurtheil zugleich die Frist festzusetzen, innerhalb welcher jede zum Beweis oder Gegenbeweis durch das Interlocut zugelassene Partei den beauftragten Richter um Festsetzung der Vernehmungstagfahrt zu ersuchen hat [14]). Bei Bestimmung der Fristdauer hat das Gericht im Allgemeinen die förderliche Erledigung der Sache, insbesondere aber zu berücksichtigen, ob das Gesuch bei einem Richter des Proceßgerichts oder einem auswärtigen oder gar ausländischen Richter einzureichen ist. Ersternfalls reicht eine kürzere, außerdem ist eine längere Frist nöthig. Auch auf den Wohn- oder Aufenthaltsort der Partei, welche den Anwalt zu informiren hat, ist Rücksicht zu nehmen, da dieser schon in seinem Gesuch die entsprechenden Anhaltspuncte wegen Bestimmung der Tagfahrt — Zahl, Aufenthalt der Zeugen ꝛc. — geben muß.

Beim Sachverständigen- und Augenscheinsbeweise besteht eine solche Betriebsfrist nicht. Es ist den Parteien bezw. dem fleißigeren Theile überlassen, das betreffende Gesuch beim beauftragten Richter zu stellen [15]).

Beim Urkundenbeweise kömmt die Production vor dem beauftragten Richter nur höchst ausnahmsweise vor [16]); hierüber war des Näheren schon in §. 312 Ziffer II die Rede. Ueber das Verfahren vgl. §. 114.

Beim Aechtheits- oder Falschheitsbeweis, mag er direct durch andere Urkunden oder durch Schriftvergleichung geführt werden, gelten in Ansehung der Betriebsfrist für die Beweiserhebung im Allgemeinen die für die dabei benützten Beweismittel maßgebenden Vorschriften [17]). Das Nähere hierüber im dritten Abschnitt. Vgl. auch §. 323.

## §. 325 [1]).

Die rechtliche Natur des Beweisurtheils tritt in zwei Momenten hervor: in den Wirkungen des erlassenen Interlocuts und in dem Verhältnisse der richterlichen zur parteilichen Thätigkeit bei Erlassung desselben.

---

13) Abg. Prot. II, 163.
14) Artikel 406 Absatz 1 Pr. O.
15) Artikel 397 Absatz 2, Artikel 438 Absatz 2 Pr. O.
16) Artikel 370 Absatz 1 Pr. O.
17) Artikel 376 Absatz 3 und Artikel 377 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 322 Pr. O.
Abg. Prot. III, 129.
R. Ref. I. 20.
R. Prot. II, 113.
Quellen zu Artikel 345 Pr. O. sieh' bei §. 250.
Vgl. hannöver. Prot. 2032, 2063.

Hier herrscht der Grundsatz der Beweiszulassung im Gegensatze zur deutschrechtlichen Beweisauflage. Davon war bereits die Rede [2]).

Die Wirkungen des Beweisinterlocuts sind theils formale, theils materielle.

In formeller Hinsicht ist das Gericht nicht befugt, das von ihm einmal erlassene Beweisurtheil während des Processes und Beweisverfahrens, überhaupt vor vollendeter Beweisaufnahme und darüber gepflogener Schlußverhandlung selbständig zurückzunehmen [3]). Ebensowenig kann dies der höhere Richter. Das Beweisurtheil ist nicht appellabel [4]), geht aber ebendeshalb auch nicht in Rechtskraft über.

Natürlich gilt dies nicht von dem Falle, wenn gegen ein Beweisurtheil Einspruch erhoben wird, noch von dem Falle, wenn der Beweisführer auf den ihm gestatteten Beweis verzichtet oder sein Gegner die betreffende bisher bestrittene Thatsache einräumt.

In materieller Hinsicht hat das Beweisurtheil die Natur eines einfachen Zwischenbescheids, der die Sache nicht in ein neues Proceßstadium bringt, sondern nur proceßleitend die Fortsetzung der bisherigen Verhandlung vermittelt [5]) und kein bedingtes Definitivurtheil involvirt, folgerecht die endliche Entscheidung weder dieser noch der höheren Instanz bindet [6]).

Nach durchgeführter Beweisaufnahme und stattgehabter Schlußverhandlung ist die Ueberzeugung des Gerichts gegenüber dem Inhalt des Interlocuts sowohl hinsichtlich der Relevanz, Strittigkeit und Unerwiesenheit der Thatsachen, als in Ansehung einer etwa geänderten Ansicht über die Vertheilung der Beweislast frei. Das Gericht kann in beiden Richtungen einer von der Auffassung des Beweisurtheils abweichenden Anschauung folgen, wenn es früher erhebliche Thatsachen nicht, unerhebliche aber berücksichtigt hat, wenn es das vorher für strittig Erachtete nun als unbestritten, das für ungewiß Angesehene jetzt als gesetzlich gewiß anzunehmen sich in der Lage findet. Es kann zu einer neuen und anderen Vertheilung der Beweislast schreiten.

Demgemäß ist das Gericht befugt, ein Definitivurtheil zu Gunsten des Beweisführers, dessen Beweis mißglückt, oder zu Ungunsten des Beweisführers zu erlassen, dessen Beweis gelungen ist. Es steht ihm zu, statt eines Endurtheils ein neues Interlocut auf Beweis oder Eid zu erlassen, wenn es einen anderen oder weiteren Beweis für nothwendig hält, der parteilicherseits angeboten ist oder von Amtswegen angeordnet werden kann. Darum sagt Artikel 345 der Pr. O.:

> „Bei Fällung des nach durchgeführtem Beweisverfahren zu erlassenden Urtheils ꝛc." [7]).

Das deutschrechtliche Beweisurtheil eröffnet ein neues Proceßstadium, das des Beweises zum geschlossenen Stadium der Thatbestandsermittelung. Es ist appellabel, der Rechtskraft fähig und involvirt nach beschrittener

---

2) Vgl. §. 283, §. 321.
3) Artikel 332 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 151.
4) Artikel 682, 683 Pr. O.
5) Abg. Ref. II, 120.
6) Artikel 345 Pr. O.
7) Abg. Ref. II, 120; Abg. Prot. II, 151, 153.

Rechtkraft die unabänderlichen Bedingungen des Obsiegens oder Unterliegens. Es ist ein bedingtes Endurtheil.

Die bayr. Pr. O. hat das deutsche System nicht adoptirt. Die darin liegende Unterordnung des materiellen Rechts unter das formale ließen es eben so unannehmbar erscheinen, als der Zwang, welcher der richterlichen Ueberzeugung durch rücksichtslose Unterwerfung unter ein für unrichtig erkanntes, aber nun einmal nicht mehr zu beseitigendes Interlocut angethan wird [8]). Hievon abgesehen hat das deutsche System erfahrungsgemäß zu dem Ausweg der sg. probatio per aequipollens geführt, welcher an sich gefährlich und geeignet ist, die Rechte der Parteien zu beeinträchtigen. Ein auch nur bedingtes Endurtheil vor Führung und selbst vor Anerbietung der Beweise hat endlich die Natur der Sache gegen sich und ist mit dem Princip der Verbindung der Beweise mit den Thatsachen schwer vereinbar [9]).

---

8) Abg. Ref. II, 120.

9) Die hannöver. Pr. O. hält eine schiefe Mitte zwischen dem deutschen und französischem System. Danach ist zwar dieselbe Instanz, welche das Beweisurtheil gesprochen hat, nicht aber der höhere Richter daran gebunden. Man macht als Grund hiefür die deutsche Rechtsgewohnheit geltend, stützt sich für seine Durchführbarkeit auf die Praxis des hannöv. Processes und erklärt das deutsche System zur Aufrechthaltung der Eventualmaxime, der Unbeschränktheit des Zeugenbeweises, sowie zur Fernhaltung verwirrender Materialanhäufung für nothwendig.

Rechtskraft die unabänderlichen Bedingungen des Erfolgens oder Unterlassens. Es ist ein bedingtes Endurtheil.

Die Hann. Pr. O. hat das deutsche System nicht abgestreift. Die darin liegende Unterordnung des materiellen Rechts unter das formale scheint eben so unannehmbar erscheinen, als der Zwang, welcher der richterlichen Ueberzeugung durch rücksichtslose Unterwerfung unter ein für allemal erkanntes, aber nun einmal nicht mehr zu beseitigendes Zwischenurtheil angethan wird[8]. Hiervon abgesehen hat das deutsche System erfahrungsgemäß zu dem Mißbrauch der protelatio per aequipollens geführt, welcher an sich gefährlich und geeignet ist, die Würde der Parteien zu beeinträchtigen. Ein auch nur bedingtes Endurtheil vor Führung und selbst vor Anordnung der Beweise hat endlich die Natur der Sache gegen sich und ist mit dem Princip der Verbindung der Beweise mit den Thatsachen schwer vereinbar[9].

8) Abg. Bd. II. 190.

9) Die Hannover. Pr. O. hält eine solche Frage zwischen dem Beweisen und [illegible] Sachen. [illegible] welche das Beweisthema gesprochen hat, nicht aber der höhere Richter daran gebunden. Man macht als Gründe hiefür die deutsche Prozeßgewohnheit geltend, führt auch für eine Durchführung [illegible] auf die Praxis des [illegible] und erklärt das deutsche System zur Aufrechthaltung der Verhandlungsmaxime, zur Unterscheidung des Angriffs und der Vertheidigung, sowie zur Verhinderung unvermeidlicher Materialienhäufung für nothwendig.

## III. Abschnitt.

# Schlußverhandlung auf selbständige Beweisführung.

## I. Hauptstück.

# Erhebung primärer Beweismittel.

## I. Capitel.

### Ausfertigung und Zustellung des Beweisurtheils [1]).

### §. 326.

I. Die Lehre von der selbständigen d. i. der Beweisführung, welche getrennt von der Verhandlung über ihre Zulassung und ihr Ergebniß, zwischen beiden mitten inne, auf vorgängiges Interlocut stattfindet [2]), zerfällt in die Darstellung von der Beweisführung mit primären Beweismitteln, Zeugen, Sachverständigen, Augenschein, u. U. Urkunden, — und in die Darstellung von der Beweisführung mit Eiden, als subsidiären Beweismitteln.

Die letztere nimmt eine selbständige Stelle im System ein. Denn der Eid ist ein Probmittel, welches bald nur in Ermanglung oder bei Ergebnißlosigkeit anderer in Frage kömmt (Haupteid), bald nur zur Vervollständigung des Ergebnisses anderer Beweise dient (Erfüllungseid), bald jedes andere Probmittel entbehrlich macht (Schätzungs-, Offenbarungseid). Auch im Verfahren zeigt sich die besondere Natur der Beweisführung mit Eiden. Schon das Eidesanerbieten hat Eigenthümlichkeiten gegenüber anderen Beweisanerbieten; der rechtliche Charakter des Eidesurtheils ist wesentlich verschieden von jenem des gewöhnlichen Beweisinterlocuts; die Eidesabnahme hat zwar im Allgemeinen die Natur einer Beweisaufnahme, zeigt aber doch Modalitäten, wodurch sie sich von der Aufnahme primärer Beweismittel eigenartig abhebt.

Hat nach Maßgabe eines Zwischenurtheils auf Zulassung von Beweisen oder Auflage von Eiden die Erhebung jener Beweise oder die Abnahme dieser Eide stattgefunden, so ist hiemit die Beweisführung geendigt. Aber es erfolgt nun nicht unmittelbar die richterliche Aburtheilung über deren Ergebniß 2c. Letztere findet erst statt, wenn über das Resultat der Beweisaufnahme und den gesammten dermaligen Stand der Sache weitere Verhandlung gepflogen ist. Schlußverhandlung auf Beweisführung.

---

1) Quellen zu Artikel 331 Pr. O. sieh' bei §. 322.
2) Vgl. §§. 311—316.

Das Urtheil muß ein Endurtheil sein, wenn die Entscheidung nur mehr auf der Leistung oder Verweigerung eines Eides beruhte. Es kann ein Endurtheil sein, wenn es über eine Beweisführung mit primären Probmitteln ergeht. Die Entscheidung kann im letzteren Falle aber auch in einem weiteren Interlocut auf Eid oder auf sonstige Beweisführung bestehen, je nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme und Schlußverhandlung darüber. In solchen Fällen kömmt es erst nach Aufnahme der weiter zugelassenen Beweise oder Abnahme des auferlegten Eides zur endlichen Verhandlung und Aburtheilung der Sache.

Demgemäß ist im Folgenden zu handeln:

1) Von der Erhebung primärer Beweismittel (Hauptstück 1) und der Schlußverhandlung darauf (Hauptstück 2);
2) Von der Beweisführung mit Eiden und der Schlußverhandlung darauf (Hauptstück 3).

Die Beweisführung mit Eiden zerfällt in das parteiliche Beweisanerbieten oder den Eidesantrag, welcher noch einen Theil der Beweisschlußverhandlung (Hauptstück 2) bildet, — das richterliche Urtheil über Erheblichkeit und Zulässigkeit des Eides, das Eidesurtheil, — endlich die Aufnahme des Eidesbeweise, die Eidesabnahme (Hauptstück 3).

II. Das selbständige Beweisverfahren hat einen wesentlich anderen Charakter wie die Verhandlung.

Diese steht unter dem französisch-rechtlichen Princip, demgemäß in einer allenfalls folgenden Verhandlung früher Versäumtes nachgetragen [3]), ja mittels des sg. Einspruchs bewirkt werden kann, daß die bereits auf Ausbleiben einer Partei einseitig gepflogene Verhandlung hinterher wiederholt werden muß [4]).

Im Beweisaufnahmeverfahren herrscht der deutschrechtliche Grundsatz des Ausschlusses mit den einzelnen parteilichen Beweishandlungen, welche hier auf jeder Stufe des Verfahrens in bestimmten Fristen oder Tagfahrten vorzunehmen waren, aber versäumt worden sind. Dahin gehört, was die vor dem Beweisaufnahmsact erforderlichen Handlungen angeht, namentlich der Nachtheil, welcher sich u. A. an die verspätete Zustellung des Beweisurtheils knüpft [5]), — der Verlust von Zeugenbeweis bei Versäumung der Betriebs- [6]) oder Denominationsfrist [7]) oder bei mangelhafter Ladung [8]), das Präjudiz der Eidesverweigerung bei Versäumung der Frist zur Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung des Haupteides [9]). Es gehört hieher, was den Beweisaufnahmsact betrifft, der Ausschluß mit den Handlungen, welche der ungehorsamen Partei hiebei zugestanden [10]), der Verlust der Beweismittel, deren Production ihr dabei obgelegen hätte, z. B. der vorzulegenden Vergleichungsschriften [11]), die Annahme der Eidesverweiger-

3) Vgl. §§. 317 ff.
4) Artikel 309 ff.
5) Vgl. folgende Ziffer III.
6) Vgl. §. 328 und Artikel 406 Pr. O.
7) Vgl. §. 331 und Artikel 412 der Pr. O.
8) Vgl. §. 332—334 und Artikel 409 ff. Pr. O.
9) Artikel 460 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §. 343.
10) Artikel 215, 340 Pr. O. Vgl. §. 335 ff.
11) Artikel 215, 340, 378 ff. Pr. O. Vgl. §. 339.

ung [12]) u. s. w. Die ungehorsame Partei kann weder bei einer die Aufnahme anderer Probmittel bezielenden späteren Tagfahrt noch in der nachfolgenden Verhandlung der Sache das früher Versäumte nachholen. Auch steht ihr das bei versäumter Verhandlung offen bleibende Recht des Einspruchs zur Erwirkung wiederholter Beweisaufnahme nicht zu. Es bleibt ihr lediglich das an die strengsten Voraussetzungen geknüpfte Hülfsmittel der Incidentrestitution [13]). Eine singuläre Bestimmung enthält der Artikel 468 der Pr. O. Das Nähere im Folgenden.

III. Das Beweisurtheil hat der betreibende Theil ausfertigen und dem Gegner zustellen zu lassen [14]).

1) Bezüglich der Ausfertigung des Beweisurtheils (einschließlich der Sachverhaltsdarstellung) gelten dieselben Grundsätze wie für das Endurtheil. Vgl. Abschnitt IV.

Die Zustellung des Interlocuts an den Gegner ist schon nach allgemeinen Vorschriften [15]) nothwendig, und zwar ohne Unterschied, ob die Anwälte bei der Urtheilsverkündung gegenwärtig waren oder nicht, ob die Beweisaufnahmstagfahrt schon im Urtheile bestimmt ist oder nicht. In der Richtung wider den Gegner können Rechte auf das Urtheil nur gegründet werden, wenn er von dessen Inhalt durch Zustellung volle und formelle Kenntniß erhalten hat. Damit hängt zusammen, daß die Betriebsfrist für den durch einen Richtercommissär zu erhebenden Zeugenbeweis (Artikel 406 Pr. O.) erst von dieser Zustellung läuft, daß der beauftragte Richter erst auf Vorlage der Urtheilsausfertigung mit Zustellungsnachweis die Beweiserhebungstagfahrt anberaumt. (Artikel 406 Absatz 2, Artikel 397, 438 Pr. O.)

Der betreibende Theil ist derjenige, welcher das Beweisurtheil in Vollzug setzen oder gesetzt sehen will [16]). In der Regel betreibt die zum Hauptbeweis zugelassene Partei, welche auch nach Artikel 285 der Pr. O. den Sachverhalt zu fertigen hatte, das Beweisverfahren, in Ermanglung dessen der fleißigere Gegentheil.

Das Urtheil ist dem Gegner d. h. seinem Anwalt, und wenn ein solcher nicht aufgestellt ist, dem Erstgenannten selbst zuzustellen [17]).

2) Ist im Urtheil die Tagfahrt zur Beweisaufnahme (in der Sitzung) bestimmt, so muß die Zustellung, weil und insoferne sie zugleich als Vorladung des Gegners zur Tagfahrt zu gelten hat [18]), in der im Urtheile hiezu festgesetzten [19]), andernfalls spätestens acht Tage vor der Tagfahrt [20]) geschehen. Der Gegner braucht sich nicht auf

12) Artikel 465 Absatz 3 Pr. O. Vgl. §§. 346, 349.
13) Artikel 216, 217 Pr. O.
14) Artikel 331 Absatz 1 Pr. O.
15) §. 259 Ziffer I, 2.
16) Vgl. §. 259 Ziffer I, 2.
17) Artikel 192 Absatz 1 i. f. und Artikel 495 Pr. O.
18) Artikel 339 Pr. O. Vgl. §. 330.
19) Vgl. §. 324 und Artikel 331 Absatz 3 Pr. O.
20) Artikel 331 Absatz 2 Pr. O. Die Bestimmungen des Artikel 331 sind nirgend anderswo vorgesehen. Abg. Prot. II, 327.

die Beweiserhebung einzulassen und kann solche, falls sie doch geschehen als nichtig anfechten, wenn ihm das Urtheil gar nicht oder verspätet zugestellt wurde.

Ist im Urtheil die Tagfahrt zur Beweisaufnahme nicht bestimmt (wenn diese nämlich durch einen Richtercommissär vorgenommen werden soll), so besteht eine Frist für die Urtheilszustellung nicht. Doch soll die Zustellung spätestens gleichzeitig mit jener geschehen, durch welche der Beschluß des Richtercommissärs über die Anberaumung der Beweisaufnahmstagfahrt kundgemacht wird [21]).

## II. Capitel.

## Festsetzung der Beweisaufnahmstagfahrt.

### §. 327.

Die Handlungen, aus welchen die Beweisaufnahme besteht, sind nach ihrer Aufeinanderfolge betrachtet:

die Festsetzung der Beweisaufnahmstagfahrt, soweit solche nicht schon im Beweisurtheile geschehen ist [1]);

die Vorladung der Gegenpartei zu dieser Tagfahrt durch Kundmachung der letzteren, dann die Beweisantretung;

die Ladung derjenigen Personen, deren Erklärungen &c. den Gegenstand der Beweisaufnahme bilden sollen, der Zeugen, Sachverständigen, u. A. der Gegenpartei speciell oder Dritter zum Behufe von Schriftenvergleichung; endlich

die Beweisaufnahme selbst in der dafür bestimmten Tagfahrt.

Die gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich jeder dieser Proceßhandlungen sind theils *allgemeine*, insoferne sie gelten ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der einzelnen Beweismittel, folglich allen Arten von Beweismitteln gemeinsam sind, theils *besondere*, insofern sie nur für das eine oder andere Beweismittel z. B. Zeugen, Sachverständige zur Anwendung kommen.

Weiterhin zerfallen die gesetzlichen Bestimmungen über die Beweisaufnahme in solche für die Beweisaufnahme *in der Sitzung* und *außerhalb der Sitzung*.

I. Ist die Festsetzung der Beweisaufnahmstagfahrt nicht bereits im Beweisurtheile erfolgt, so hat der beauftragte Richter nach allgemeiner Vorschrift ebenso wie das Proceßgericht die verschiedenen Arten von Beweismitteln, von welchen eine Partei Gebrauch gemacht hat, bei der Beweisaufnahme zu verbinden, soweit es ihre Natur gestattet [2]).

---

21) Vgl. Artikel 331, 338, 339 Pr. O.

1) Vgl. §. 324.

2) Artikel 336 Pr. O. Die *Quellen* hiezu sieh' bei §. 314. Vgl. §§. 315 und 322.

Die Voraussetzung, unter welcher der Richter allein in der Lage ist, dieser Vorschrift gerecht zu werden, ist freilich die, daß schon seitens der Parteien die verschiedenen Beweisarten in ihren Gesuchen um Festsetzung der Tagfahrt zusammengefaßt werden. Beim Zeugenbeweise besteht auch eine diese Bestimmung fördernde Vorschrift dahin, daß die Frist für das Betriebsgesuch des Beweisführers eine ausschließende ist [3]).

II. Hinterlegung der Kosten für die Beweisaufnahme [4]).

Für die Beweisaufnahme erwachsen Kosten nicht blos für Taxen und Stempel, sondern auch auf jene Vergütungen, welche an Zeugen und Sachverständige, u. U. an Gerichtspersonen zu leisten sind, und auf jene Auslagen, welche die Aufnahme eines Beweises im Auslande verursacht.

Zeugen haben für Reisekosten und Zeitversäumniß die in der Gebührenordnung vom 13. Juni 1870 [5]) begründete Entschädigung, Sachverständige außer dieser Entschädigung nach Umständen auch ein Honorar für die Erstattung des Gutachtens [6]) einschließlich der Auslagen für die Untersuchung 2c. [7]) von den Parteien [8]) anzusprechen [9]) d. h. auf Begehren zu empfangen.

Jenen Gerichtspersonen, welche eine Beweishandlung außerhalb des Gerichtssitzes aufzunehmen haben, gebühren Tagegelder und Reisekosten [10]) nach den hierüber bestehenden Regulativen [11]). Zu diesen Gerichtspersonen gehört auch der Gerichtsschreiber und selbst der Staatsanwalt, wo derselbe zu Dienstreisen veranlaßt ist [12]).

Die Kosten für Beweisaufnahmen im Ausland bestimmen sich nach den dort geltenden Vorschriften.

1) Zur Bestreitung der Vergütungen für die Zeugen und Sachverständigen, der Tagegelder und Reisekosten für Gerichtspersonen, welche eine Beweishandlung außerhalb des Gerichtssitzes aufzunehmen haben, und der durch Aufnahme eines Beweises im Ausland sich ergebenden Kosten hat der Beweisführer eine, wenn die Beweisaufnahme in der Sitzung geschieht, von dem Vorsitzenden, andernfalls von dem

---

3) Artikel 406 Pr. O.

4) Artikel 343 Pr. O. Quellen hiezu:
Abg. Ref. II, 123, 153; III, 45.
Abg. Prot. II, 164, 216, 329—330, 356, 451; IV, 90, 93, 134.
R. Ref. I, 21; II, 145.
R. Prot. II, 114; IV, 43.
Vgl. hannöv. Prot. 2183—2188.

5) V. O. v. 13. Juni 1870, die Gebühren der Zeugen und Sachverständigen, sowie die Reisekosten der Parteien in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betr. (J. M. Bl. 202 ff.); insbesondere §. 1—14 und 32; V. O. vom 16. Juni 1870, die Dienstesvorschriften über die innere Einrichtung der Gerichtsschreiberei betr. §. 5 Ziffer 8 (J. M. Bl. S. 227); Just. M Entschl. vom 22. Juni 1870, die innere Einrichtung der Gerichtsschreiberei betr. (J. M. Bl. S. 354 ff.)

6) Vgl. Abg. Prot. II, 216.

7) Alleg. V. O. vom 13. Juni 1870 §§. 15—32.

8) Nicht vom Staate.

9) Artikel 343 Absatz 1 und 5 Pr. O.

10) Alleg. V. O. v. 13. Juni 1870 §. 47.

11) Dieselben sind zusammengestellt bei Stockar v. Neuforn, Handbuch der gesammten Finanzverwaltung Band III §. 252.

12) Z. B. in der Pfalz bei Interdictionen und Abwesenheitsproceduren.

mit der Beweisaufnahme beauftragten Richter vorläufig und approximativ festzusetzende Summe zu hinterlegen [13]).

Die Hinterlegung hat sich übrigens nicht auf die dem k. b. Aerar zukommenden Tax- und Stempelgefälle zu erstrecken. In Ansehung dieser gilt die allgemeine Regel, wonach dieselben von der pflichtigen Partei (Artikel 105 Pr. O.) in der hergebrachten Weise zu bestreiten sind.

Ebensowenig bezieht sich der Artikel 343 auf die Kosten jener Beweiserhebungen im Auslande, welche unmittelbar von den Parteien betrieben werden. Vgl. §. 114 Ziffer II, 5. In solchen Fällen hat die betreibende Partei nach den betreffenden Vorschriften des Auslandes die Beweisaufnahmskosten bei der einschlägigen ausländischen Behörde unmittelbar zu entrichten oder vorzuschießen. Nur dann, wenn eine ausländische Behörde von einem inländischen Gerichte oder Richter wie im Falle des Artikel 407 der Pr. O. um die Beweisaufnahme unmittelbar requirirt wird und demzufolge sich für die erwachsenden Kosten an das ersuchende Gericht hält oder halten kann, hat die Hinterlegung auf der Gerichtsschreiberei des letzteren nach Maßgabe des Artikel 343 stattzufinden. Diese Grundsätze finden natürlich auch Anwendung, wenn der Beweis im Auslande durch eine bayrische Gesandtschaft oder ein bayrisches Consulat aufzunehmen ist.

Die Hinterlegung hat auf der Gerichtsschreiberei desjenigen Gerichts zu geschehen, bei welchem die Beweisaufnahme stattfindet, also je nach Umständen auf der Gerichtsschreiberei des Proceßgerichts oder des beauftragten Einzelngerichts. Nur im Falle des Artikel 407 ist auf der Gerichtsschreiberei jenes inländischen Gerichts zu hinterlegen, welchem der requirirende Richter angehört. Ueber die Geschäfte, welche sich auf diese Hinterlegungen, dann auf die Festsetzung, Anweisung und Auszahlung der Gebühren und Honorare der Zeugen und Sachverständigen, sowie auf die sonstige Verwendung der hinterlegten Gelder beziehen, hat der Gerichtsschreiber ein besonderes Register nach den näheren Bestimmungen der Justizministerialentschließung vom 22. Juni 1870, die innere Einrichtung der Gerichtsschreibereien betr., zu führen [14]). Für die bezeichneten Geschäfte, sowie für die Führung des Registers kann der Gerichtsschreiber keine Gebühren beanspruchen [15]).

Der Vorsitzende oder beauftragte Richter hat bei Bemessung der zur Hinterlegung zu bestimmenden Summe auf die Vorschriften der einschlägigen Gebührenordnungen in der Art sorgfältig Rücksicht zu nehmen, daß die späterhin definitiv festzusetzenden Gebühren und Honorare der Zeugen und Sachverständigen ausreichende Deckung finden und die außerdem nothwendige Verweisung der Letzteren auf

13) Artikel 343 Absatz 2 Pr. O.

14) Vgl. §. 264, dann die alleg. V. O. §. 45 Absatz 1 und V. O. v. 16. Juni 1870, die Dienstesvorschriften über die innere Einrichtung der Gerichtsschreiberei betr., §. 5 Ziffer 8.

15) Alleg. Gebührenordnung §. 45 Absatz 3.

den Klageweg vermieden werde [16]). Jedenfalls muß sich der Richter über die Zahl der Zeugen und Sachverständigen, deren Wohnsitz und die muthmaßliche Dauer ihrer Abwesenheit von Hause durch den Beweisführer gehörig informiren lassen.

Ueber den Vollzug der Hinterlegung hat der Gerichtsschreiber auf Verlangen der hinterlegenden Partei, ihres Gewalthabers oder des von ihr beauftragten Gerichtsvollziehers ein Certificat auszustellen, in welchem sowohl die hinterlegte Gesammtsumme als die zur Deckung der einzelnen Ausgabsposten in Ansatz gebrachten Theilbeträge aufzuführen sind [17]).

Zeugen und Sachverständige, welche vom Gerichtssitz entfernt wohnen, sind nicht verpflichtet, der Ladung Folge zu leisten, wenn sie Bescheinigung darüber verlangt haben, daß die vorgeschriebene Hinterlegung stattgefunden habe und ihnen diese Bescheinigung nicht geliefert worden ist [18]). Dabei ist kein Unterschied zwischen vermöglichen und vermögenslosen Personen. Auch die Ersteren haben die Befugniß, nicht früher zu erscheinen, als bis sie vergewissert sind, ihre Gebühren wirklich zu erhalten. Dagegen haben die Letzteren kein Recht auf Gebührenvorschuß vor ihrem wirklichen Erscheinen, damit es nicht vorkomme, daß sie trotz empfangenen Vorschusses ausbleiben [19]).

Die Vergewisserung des Vorgeladenen über die erfolgte Hinterlegung hat durch die betr. Partei zu geschehen, da dieser und nicht dem Gerichte die Vorladung obliegt. Die vorladende Partei hat sich gegenüber dem Gerichtsvollzieher über die bewirkte Deponirung auszuweisen [20]).

Die Bescheinigung ist von dem Vorgeladenen sofort bei der Vorladung zu begehren, wenn ihm diese persönlich zugestellt wird, und hat dann der Gerichtsvollzieher das gestellte Verlangen in der Ladungsurkunde ausdrücklich zu erwähnen. In diesem Falle kann die Bescheinigung geliefert werden

a) durch Zustellung des über den Vollzug der Hinterlegung vom Gerichtsschreiber ausgestellten Certificats oder

b) durch eine auf Amtspflicht abgegebene und zu beurkundende Erklärung des Gerichtsvollziehers, daß die bezeichnete Hinterlegung richtig erfolgt ist [21]).

Wird aber die Ladung in gesetzlich zulässiger Weise einer dritten Person für den Geladenen zugestellt, so bleibt es dem Letzteren vorbehalten, innerhalb 48 Stunden nach Empfang der Ladungsurkunde die erwähnte Bescheinigung mittels Zuschrift an die betreffende Gerichtsschreiberei zu begehren, sofern nicht der Gerichtsvollzieher von Amtswegen über die erfolgte Hinterlegung des bezüglichen Betrags in der Ladungsurkunde Bestätigung ertheilt hat. Der Gerichts-

16) §. 33 a. a. O.
17) §. 34 a. a. O.
18) Artikel 343 Absatz 4 Pr. O.
19) Abg. Prot. II, 329–330.
20) Abg. Prot. II, 329–330; IV, 93.
21) §. 35 der alleg. Geb. Ordn.

schreiber hat dem Geladenen sofort ein Certificat über die erfolgte Hinterlegung zuzufertigen und hierüber im Register Vormerkung zu machen [22]).

2) Die definitive Feststellung und Anweisung (Artikel 343 Absatz 1 Pr. O.) der Zeugengebühren sowie der Gebühren und Honorare der Sachverstandigen hat sogleich nach Beendigung der betreffenden Verhandlungen und Geschäfte zu geschehen und ist durch den Vorsitzenden des Gerichts, bezüglich derjenigen Verhandlungen aber, mit welchen ein Richter beauftragt ist, durch diesen vorzunehmen. Die nöthigen Berechnungen hat der Gerichtsschreiber anzufertigen [23]).

Die Befugniß des Vorsitzenden oder beauftragten Richters umfaßt insbesondere auch die Zuständigkeit zur Entscheidung über das Vorhandensein derjenigen Voraussetzungen, unter welchen nach den §§. 7, 8, 9, 11, 15 und 19 der Gebührenordnung v. 13. Juni 1870 Ausnahmsgebühren angesprochen werden können, dann zur Entscheidung über die Zulässigkeit und Größe von Honoraren der Sachverständigen [24]). Doch entscheidet in den Fällen des §. 23 der bezeichneten Verordnung über die Zulässigkeit eines höheren Honorars und gegebenen Falls über den Betrag desselben das Gericht, unbeschadet der dem Vorsitzenden oder beauftragten Richter zustehenden Befugniß zur vorläufigen Festsetzung der auf der Gerichtsschreiberei zu hinterlegenden Summe. Die Anweisung des mittels Gerichtsbeschlusses festgesetzten höheren Honorars erfolgt durch den Vorsitzenden oder beauftragten Richter [25]). Eine Reclamation oder Beschwerde gegen diese Entscheidungen ist nicht zulässig [26]).

3) Die Zeugen und Sachverständigen sind durch den Gerichtsschreiber sogleich nach der Anweisung aus den hinterlegten Beträgen zu befriedigen [27]) und sollen nicht zu weiteren Gängen 2c. genöthigt werden. Bei Verhandlungen außerhalb des Gerichtssitzes hat die Auszahlung der zur Anweisung kommenden Gebühren und Honorare, soweit nicht besondere Hindernisse entgegenstehen, sofort an Ort und Stelle zu geschehen [28]).

Allerdings bilden die erwähnten Hinterlegungs- und Auszahlungsgeschäfte eine Last für die Gerichtsschreiberei. Auch sind die Bestimmungen des Artikel 343 der Pr. O. gegen die in der Pfalz bestandene Uebung. Man hielt aber die unmittelbare Befriedigung der Zeugen 2c. durch die Parteien für sachwidrig und problematisch [29]).

4) Verweigert der Beweisführer die Kostenhinterlegung für die Taggelder und Reisegebühren der zu auswärtiger Amtirung berufenen

---

22) §. 36 a. a. O.
23) §. 37 a. a. O.
24) §. 40 a. a. O.
25) §. 41 a. a. O.
26) §. 42 a. a. O.
27) Artikel 343 Absatz 3 Pr. O.
28) §. 43 der alleg. Geb. O. Abg. Prot. II, 164, 216.
29) Abg. Prot. II, 164.

Gerichtspersonen oder für eine Beweisaufnahme im Ausland, so kann die Beweiserhebung zur Zeit verweigert werden.

Dagegen besteht in Ansehung der Gebühren der Zeugen und Sachverständigen, welche von dem ihnen durch Artikel 343 Absatz 4 der Pr. O. eingeräumten Rechte nicht Gebrauch machen, kein gesetzliches Zwangsmittel, um den Beweisführer zur Hinterlegung zu vermögen [30]). Demgemäß bleibt in solchen Fällen den Zeugen oder Sachverständigen überlassen, ihre Gebühren von der zahlungspflichtigen Partei selbst in Anspruch zu nehmen, wenn eine Hinterlegung nicht stattgefunden hat. Das Gleiche gilt in allen sonstigen Fällen, in welchen die angeordnete Hinterlegung nicht erfolgt oder eine Hinterlegung von Deckungsmitteln gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, sowie wenn sich die hinterlegten Gelder als unzureichend zur Deckung eines Mehrbetrags erweisen, welcher einem Zeugen oder Sachverständigen über die ursprünglich in Anschlag gebrachte Summe angewiesen worden ist. Uebrigens ist in allen diesen Fällen dem Zeugen oder Sachverständigen zur Verfolgung seines Anspruchs durch den zur Anweisung zuständigen Richter auf Verlangen ein Certificat über die erfolgte Festsetzung und Anweisung seines Gebühren- und Honorarbetrags zu ertheilen [31]). Auch erwartet das Gesetz vom Richter, daß er soviel möglich von Amtswegen dahin wirke, den Zeugen und Sachverständigen den Weg gesonderter Klagestellung zu ersparen. Entnimmt der Richter aus den Acten, daß von den Anwälten weitere Zeugen und Sachverständige vorgeladen werden wollen, so soll er sie zur Gebührenhinterlegung auffordern. Nicht minder erwartet das Gesetz von den Anwälten, daß sie sich solcher Aufforderung überhaupt nicht aussetzen oder doch nicht entziehen werden.

Die besonderen Bestimmungen in Hinsicht der Tagfahrtsfestsetzung durch beauftragte Richter für die Erhebung von Zeugen-, Sachverständigen- und Augenscheinsbeweis werden in den folgenden §§. 328 und 329 dargestellt.

## §. 328 [1]).

Soll das Zeugenverhör nicht in der Sitzung, sondern durch einen be-

30) Abg. Prot. a. a. O.
31) §. 44 der alleg. Geb. Ordn.
1) Quellen zu Artikel 406 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 149; III, 50.
Abg. Prot. II, 211—212, 339, 363; IV, 96, 141.
R. Ref. I, 24; II, 163.
R. Prot. II, 213; IV, 57.
Quellen zu Artikel 407 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 149; III, 50.
Abg. Prot. II, 212, 339, 363, 452; IV, 96, 141.
R. Ref. I, 24; II, 163.
R. Prot. II, 213; IV, 57.
Quellen zu Artikel 408 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 148; III, 50.
Abg. Prot. II, 211, 339, 363; IV, 96, 141.

auftragten Richter gepflogen werden, so liegt diesem die Festsetzung der Verhörstagfahrt ob [2]). Zu diesem Zweck hat

I. die beweisführende Partei innerhalb der im Beweisurtheil dafür bestimmten Frist [3]) ein Gesuch bei dem beauftragten Richter einzureichen, das Beweisaufnahmebetriebsgesuch [4]).

Als beweisführende Partei erscheint nicht blos jene, welche zum Beweis oder Gegenbeweis durch das Urtheil zugelassen ist, sondern auch diejenige Partei, welcher der Gegenbeweis kraft Gesetzes zusteht.

1) Das Gesuch ist schriftlich mittels Anwaltsacts (Artikel 165 Pr. O.) zu stellen [5]). Es kann dem Richter unmittelbar übergeben werden. Correcter ist die Uebergabe an die Gerichtsschreiberei, welche das Gesuch präsentirt (Artikel 214 Pr. O.) und dem Commissär vorlegt.

Dem Gesuche ist, wenn es von dem die Urtheilsausfertigung betreibenden Theile gestellt wird, diese Ausfertigung [6]), wenn es von dessen Gegner gestellt wird, die diesem zugestellte Abschrift der Urtheilsausfertigung [6]), sowie der urkundliche Nachweis über die erfolgte Urtheilszustellung [7]) beizulegen. Die Urtheilsübergabe an den Richtercommissär darf auch dann nicht unterlassen werden, wenn derselbe Mitglied des Proceßgerichts oder aburtheilenden Senats ist und bei Erlassung des Beweisurtheils mitgewirkt hat [8]).

In dem Gesuche sind ferner, soweit thunlich, die Zeugen nach Name, Stand oder Gewerbe und Wohn- oder Aufenthaltsort anzugeben, sowie die Wünsche und Anträge der Partei über Zeit und Ort der Tagfahrtsansetzung, etwaige Subdelegation u. s. w. niederzulegen.

2) Die Frist läuft von Zustellung des Beweisurtheils an den Anwalt, falls ein solcher bestellt ist (Artikel 192 Pr. O.), sowohl für den Requisiten als den betreibenden Theil und gilt für den urtheilmäßig freizulassenen wie den gesetzlich zustehenden Gegenbeweis, es sei denn in letzterer Hinsicht im Urtheile etwas Anderes ausdrücklich bestimmt [9]).

---

R. Ref. I, 24; II, 163.
R. Prot. II, 213; IV, 57.

2) Vgl. §. 324 Ziffer II.

3) Vgl. a. a. O.

4) Artikel 406 Absatz 1 und 2 Pr. O.

5) Denn von der allgemeinen Vorschrift, wonach die Parteien sich im Anwaltsprocesse durch Anwälte vertreten lassen müssen (Artikel 79 Pr. O.), ist nur für die Beweisaufnahmstagfahrt eine Ausnahme gemacht (Artikel 341). Wollte man die Vorschriften des XXV. Hauptstücks der Pr. O. als analog anwendbar auf den Richtercommissär erachten, so gelangt man zum selben Resultate. (Artikel 644). Vgl. auch Artikel 192 Pr. O.

6) Also nicht eine besondere Abschrift der Urtheilsausfertigung.

7) Argum. Artikel 406 Absatz 3 Pr. O.

8) Abg. Ref. II, 149; Abg. Prot. II, 211.

9) Ist der Zeugenbeweis durch ein Versäumungsurtheil angeordnet, so läuft die Betriebsfrist auch während der Einspruchsfrist, wird aber durch die Einspruchserhebung unterbrochen. Artikel 826 Pr. O. steht nicht entgegen. Zu beachten ist, daß die Einspruchsfrist wohl, nicht aber die Beweisbetriebsfrist nach Artikel 209 sich erweitert. Hält der Beweisführer die erstere, nicht aber auch die letztere ein,

Da die Frist zur Stellung des Betriebsgesuchs im Beweisurtheile festgesetzt wird [10], so ist sie eine richterliche Frist und als solche auf Antrag der beweisführenden Partei verlängerbar [11]. Gesuche um Fristverlängerung sind, da der beauftragte Richter nur von ihm festgesetzte Fristen erstrecken kann, an das Proceßgericht zu richten. Die materiellen Erfordernisse eines solchen ersten bezw. wiederholten Fristgesuchs sind nach Artikel 213 Absatz 2 und 3 der Pr. O. zu bemessen; in Ansehung des Verfahrens gilt das in den §§. 271 und 274 Bemerkte [12].

Die gänzliche Unterlassung des Betriebsgesuchs in der festgesetzten bezw. verlängerten Frist zieht nach allgemeinen Bestimmungen den Ausschluß des säumigen Beweisführers mit seinem Zeugenbeweise für alle Instanzen nach sich. Nur auf dem Wege der Restitution könnte ein solches Versäumniß wieder gut gemacht werden [13]. Der Ausschluß tritt mit Ablauf der Frist von selbst ein und ohne daß ein gegnerischer Antrag auf Verwirklichung dieses Rechtsnachtheils oder eine vorgängige Androhung desselben im Beweisurtheile erforderlich wäre [14]. Doch hat der beauftragte Richter auch ein nach Ablauf der festgesetzten bezw. verlängerten Frist gestelltes Gesuch dann zu berücksichtigen, wenn die Einwilligung der Gegenpartei beigebracht ist [15]. Mit dieser Einwilligung nicht zu verwechseln ist die etwa schon bei rechtzeitiger Stellung eines Gesuchs um Fristverlängerung erklärte Zustimmung der Gegenpartei hiezu. Hierin liegt für das Gericht kein zwingender Grund, die Fristverlängerung zu bewilligen; der Absatz 3 Artikel 406 der Pr. O. alterirt an sich die Vorschriften des Artikel 213 nicht [16]. Hat der beauftragte Richter auf ein verspätetes Gesuch gleichwohl willfahrend verfügt, so steht hiegegen der anderen Partei eine Nichtigkeitseinrede nach Artikel 218 ff. der Pr. O. zu, welche übrigens bei Meidung ihres Verlustes bei der nächsten eigenen Proceßhandlung geltend zu machen ist u. s. w.

Anders verhält sich die Sache, wenn das rechtzeitig gestellte Betriebsgesuch an inhaltlicher Unvollständigkeit leidet. Zwar ist ein wegen Mangels wesentlicher Erfordernisse nichtiges Betriebsgesuch (Artikel 218 Pr. O.) einem gar nicht gestellten gleich. Aber zu den Essentialien des Betriebsgesuchs gehört Vollständigkeit in Ansehung der Zeugenangabe nicht. Diese ist lediglich zur Orientirung des Richters über Ort und Dauer der festzusetzenden Tagfahrt, Er-

---

so ist er jedenfalls seines Zeugenbeweises verlustig, wenn er nicht eine Abänderung des Urtheils erlangt (Artikel 314). Einen ähnlichen Fall bietet Artikel 708 der Pr. O. Wernz a. a. O. S. 405 Nr. 4.

10) Artikel 406 Absatz 1 Pr. O.

11) Artikel 213 Absatz 2 und 3 Pr. O.

12) Nach der Intention des Abg. Ausschusses sollte das Verfahren nach Hptst. XXV der Pr. O. Platz greifen. Allein eine bezügliche Vorschrift wurde nicht aufgenommen. Abg. Prot. II, 211.

13) Artikel 216, 217 Pr. O.

14) Artikel 215 Pr. O.

15) Artikel 406 Absatz 3 Pr. O.

16) Abg. Prot. II, 211.

möglichung rechtzeitiger Zeugenladung rc. verlangt. Demgemäß ist der Beweisführer nach Ablauf der Frist nicht mit der Ergänzung und Berichtigung seines Zeugenverzeichnisses, insbesondere nicht mit dem Vorschlage neuer Zeugen ausgeschlossen, ein Ausschluß, der erst mit Ablauf der Zeugendenominationsfrist [17]) eintritt. Aber allerdings kann eine von ihm verschuldete Mangelhaftigkeit des Betriebsgesuches Anlaß sein, demselben die hieraus entstandenen besonderen Kosten zu überbürden. Hienach erscheint das fragliche Betriebsgesuch auch nicht als eigentliche Beweisantretung, welche Benennung mit Absicht vermieden wurde [18]).

II. Auf das rechtzeitig und rechtsgiltig gestellte Gesuch hat der beauftragte Richter einen die Festsetzung der Zeugenverhörstagfahrt enthaltenden Beschluß zu erlassen. Der Beschluß wird in Urschrift auf die Eingabe gesetzt und mit dieser dem betr. Anwalte durch die Gerichtsschreiberei zum Zwecke der Zustellung nach Artikel 338 und 339 der Pr. O. behändigt.

Glaubt der Richter mit den im Gesuche gemachten Angaben zur Bemessung der bezüglichen Verhältnisse nicht auszureichen, so kann er sich mit den Anwälten in weiteres Einvernehmen, insbesondere über die diesen passende Zeit rc. für die Tagfahrt setzen [19]).

Der von der Pr. O. schon für das Beweisurtheil festgehaltene Gedanke, bei der Beweisaufnahme verschiedene Arten von Beweismitteln thunlichst verbinden [20]), wenn möglich nicht mehrere Richtercommissäre in derselben Sache ernennen [21]) und, wenn Zeugen theils in-, theils außerhalb der Sitzung zu vernehmen sind, die außerhalb stattfindenden Vernehmungen den übrigen zum Zweck der Benützung der betreffenden Protokolle bei letzteren vorhergehen zu lassen [23]), m. a. W. der Gedanke der Beschleunigung und Kostenersparung kehrt hier wieder in der Regel, daß alle von einem beauftragten Richter in derselben Sache vorzunehmenden Zeugenverhöre möglichst zu der nämlichen Tagfahrt zu verweisen sind [23]).

Von dieser Regel bestehen zweierlei Ausnahmen.

1) Treten erst beim beauftragten Richter Verhältnisse hervor, in welchen die Anwendung der Regel nach gesetzlicher Vorschrift ausgeschlossen ist z. B. in Fällen des Artikel 403 der Pr. O., so hat der ernannte Richtercommissär demgemäß seinen Beschluß einzurichten.

2) Ergeben sich nach Erlaß des Beweisurtheils besondere thatsächliche Verhältnisse z. B. Wechsel des Aufenthalts, Krankheit

---

17) Artikel 412. Vgl. §. 331.

18) Abg. Prot. II, 211—212, 339.

19) Abg Prot. II, 209.

20) Artikel 336 Pr. O.

21) Vgl. §. 323.

22) Artikel 408 Pr. O. Wieviel Zeit die außerhalb der Sitzung zu pflegende Beweisaufnahme erheischt, wird sich meist schon bei der Urtheilserlassung bemessen lassen. Bei eintretenden Hindernissen werden die Anwälte die Vertagung der Sitzung nachsuchen.

23) Artikel 406 Absatz 4 Pr. O. Dadurch wird zugleich die etwa nöthige Zeugenconfrontation (Artikel 422) erleichtert.

eines Zeugen, der Vorschlag früher noch nicht genannter Zeugen rc. und dadurch herbeigeführt ein unverhältnißmäßiges Anwachsen der Kosten bei Vernehmung durch den ernannten Commissär, welche es angemessen erscheinen lassen, die Vernehmung entfernt wohnender oder sich aufhaltender oder am Erscheinen verhinderter Zeugen weiter zu übertragen: so hat hiezu der beauftragte Richter die Befugniß, gleichviel ob er ein Mitglied des Proceßgerichts oder ein inländischer Einzelnrichter oder ein ausländischer Richter ist. Subdelegation [24]).

Die blose Entfernung oder Verhinderung eines Zeugen genügt nicht als Grund der Subdelegation. Es müssen die vorerwähnten besonderen Verhältnisse noch gegeben sein [25]). Genöthigt ist endlich der Commissär selbst unter solchen Umständen zur Subcommittirung nicht. Ein Mitglied des Proceßgerichts kann auch am Sitze eines zu seinem Bezirksgerichte gehörigen Einzelngerichts-Vernehmungen pflegen.

Im Falle der Subdelegation kann der Commissär die Vernehmung dem betreffenden Einzelngerichte übertragen, sowie gegebenen Falls die Beweisaufnahme im Auslande (Artikel 335 Pr. O.) beschließen.

Im einen wie im andern Falle hat er von Amtswegen die Festsetzung der Tagfahrt bei dem ersuchten Richter unmittelbar zu veranlassen. Der subcommittirte Richter benachrichtigt von der durch ihn geschehenen Tagfahrtsanberaumung den Richtercommissär, welcher hievon mittels schriftlichen Erlasses der betr. Partei Kenntniß giebt. Hiemit ist diese aufgefordert, die Ladung der Zeugen vor den stellvertretenden Richter, wie die Kundmachung von der Tagfahrt an ihre Gegenpartei zu bewerkstelligen. Artikel 338 und 339 Pr. O. Bezüglich der Kostenhinterlegung ist das Betreffende schon früher bemerkt [26]).

Diese Einrichtung, welche schon der Code de procéd. wenigstens in beschränkter Weise kennt [27]), weicht allerdings vom System der bayr. Pr. O. wie des französischen Rechts ab, wonach es für die Regel Sache der Partei ist, die Tagfahrt bei dem stellvertretenden Richter nachzusuchen und dessen Verfügung dem Gegner zuzustellen [28]). Indessen wurden bei Statuirung der Ausnahme die Rücksichten auf Vereinfachung des Verfahrens und Kostenersparung für überwiegend erachtet.

## §. 329.

Auch bei demjenigen Augenscheins- und Sachverständigenbeweis, der und insoweit er durch einen beauftragten Richter erhoben wer-

---

24) Artikel 407 Pr. O.
25) Abg. Prot. II. 339.
26) Vgl. § 327. Abg. Prot. II, 212.
27) Artikel 266.
28) Vgl. §. 114.

den soll, liegt die Tagfahrtsfestsetzung diesem, der Betrieb derselben mittels besonderen Gesuchs den Parteien ob.

Für die Form des Betriebsgesuchs wie für die Erlassung des die Tagfahrt festsetzenden Richterbeschlusses gelten die bezüglichen Bestimmungen über das Betriebsgesuch beim Zeugenbeweis analog [1]). Dieses Gesuch ist beim Sachverständigenbeweis unter gegebenen Voraussetzungen zugleich auf die Ernennung der Sachverständigen und Festsetzung der Einweisungstagfahrt zc. zu richten und nach beiden Richtungen im selben Bescheide Verfügung zu erlassen. Es findet nicht eine eigene Tagfahrt zur Sachverständigenernennung und hinwieder eine solche zur Einweisung zc. statt [2]).

Vom Zeugenbeweisbetriebsgesuch unterscheidet sich aber das Betriebsgesuch beim Augenscheins- und Sachverständigenbeweis insoferne, als der Betrieb nicht der beweispflichtigen Partei besonders obliegt, sondern jeder Partei freisteht [3]). Folgerecht ist derselbe nicht an eine zeitliche Schranke gebunden und unterliegt bis zum Schlusse der dem Endurtheil vorhergehenden Verhandlung keinem Ausschluß [4]). Dies bringt die besondere Natur der hier fraglichen Beweismittel mit sich. Beim Augenschein fällt Art und Species des Beweismittels zusammen, so daß wenn jene angeboten dieses gewahrt ist. Bei den Sachverständigen ist zwar eine Unterscheidung zwischen der Beweisart und den Experteninbividuen thatsächlich möglich. Allein durch die positive Vorschrift des Gesetzes ist die Sache rechtlich auf dieselbe Linie gestellt wie beim Augenscheinsbeweis, indem die Sachverständigenernennung den Parteien nur freigelassen, eventuell dem Gerichte vorbehalten ist, indem ferner diese Benennung nicht einer Partei allein, sondern der Uebereinkunft beider Theile anheimgegeben wird, indem endlich die Sachverständigenwahl nicht in die Zeit nach Festsetzung der Erhebungstagfahrt verlegt ist, sondern dieser vorausgehen muß [5]).

## III. Capitel.

## Kundmachung der Beweisaufnahmstagfahrt an die Gegenpartei. Beweisantretung.

### §. 330 [1]).

Die Kundmachung der Beweisaufnahmstagfahrt an die Gegenpartei,

1) Vgl. §. 328
2) Argum. Artikel 438 Absatz 2 und Artikel 442 Pr. O.
3) Artikel 397 Absatz i. f. und Artikel 438 Absatz u. f. Pr. O.
4) Vgl §. 324.
5) Artikel 434 und 438 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 331 Pr. O. sieh' bei §. 322.
Quellen zu Artikel 338 Pr. O.
Abg. Ref. II, 123; III 45.
Abg. Prot. II, 162—164, 328, 355; IV, 89, 98, 133.
R. Ref. I, 21; II, 144.
R. Prot. II, 114; IV, 43.

d. h. an deren Anwalt, wenn sie einen solchen hat [2]), außerdem an sie selbst [3]) bildet ein nothwendiges Erforderniß für die Giltigkeit der Beweisaufnahmshandlung. Sie hat daher in allen Fällen, sowohl wenn die Tagfahrt im Urtheile, als wenn sie durch Beschluß des committirten oder subcommittirten [4]) Richters festgesetzt ist, stattzufinden.

Für die Art wie die Frist dieser Kundmachung bezw. Vorladung der Gegenpartei zur Beweisaufnahmstagfahrt gelten in beiden Fällen die gleichen Bestimmungen. Hat einmal der beauftragte Richter die Tagfahrt angesetzt: so ist die Sache processual auf denselben Stand gebracht, wie wenn die Anberaumung schon im Interlocut geschehen wäre.

I. Hinsichtlich der Art der Kundmachung bestimmt das Gesetz, daß die Zustellung des die Beweisaufnahmstagfahrt festsetzenden Urtheils oder Beschlusses des committirten oder subcommittirten Richters (Artikel 331 und 338 Pr. O.) als Vorladung der Gegenpartei gilt. Folgerecht bedarf es, wenn die Tagfahrt im Beweisurtheil bestimmt ist, neben der Zustellung des letzteren keiner besonderen Kundmachung [5]).

II. Die Kundmachung bezw. Vorladung ist nur dann rechtswirksam, wenn die Zustellung jenes Urtheils wie dieses Beschlusses wenigstens acht Tage [6]) vor der Tagfahrt geschehen ist [7]).

Weder im einen noch im andern Falle findet die Vorschrift des Artikel 209 über gesetzliche Fristerweiterung Anwendung. Dagegen ist dort das Proceßgericht [8]), hier der beauftragte Richter [9]) befugt, die Zeit, welche zwischen der Zustellung und der Tagfahrt in Mitte zu liegen hat [10]) d. h. die gesetzlichen acht Tage nach Bedürfniß der Sache mit Rücksicht auf die Wohnorte und die sonstigen Verhältnisse der Parteien zu erweitern [11]). Der Grund, warum hier die richterliche an Stelle der gesetzlichen Fristerweiterung tritt, liegt vorzüglich im Verhältnisse ausländischer Proceßparteien. Sind solche zum Beweis zugelassen, so würde die Anwendung der Vorschriften über gesetzliche Fristerweiterung eine außerordentliche Verzögerung der Beweisaufnahme herbeiführen können. Es genügte daher eine richterliche Fristerweiterung um so mehr, als die Partei durch ihren Anwalt vertreten

---

Quellen zu Artikel 339 Pr. O:
Abg. Ref. II, 123.
Abg. Prot. II, 162—164, 328, 355.
R. Ref. I, 21.
R. Prot. II, 114.

2) Sache des Anwalts ist es, seine Partei von der Tagfahrt zu verständigen und für deren Vertretung dabei zu sorgen.
3) Artikel 192 Pr. O. Vgl. Art. 495.
4) Artikel 407 Absatz 2 Pr. O.
5) Artikel 339 Pr. O. Vgl. Abg. Prot II, 327.
6) Die Fristdauer ist in Conformität mit anderen Fristen (vgl. Artikel 412, 439 Pr. O.) normirt. Abg. Prot. II, 327.
7) Artikel 331 Absatz 2 und Artikel 338 S. 1 Pr. O. Die Fassung wurde so gewählt, um das durch Hereinziehung des Artikel 331 mögliche Mißverständniß zu verhüten, als ob die Festsetzung der Tagfahrt durch das Proceßgericht zu erfolgen habe. R. Ref. II, 144.
8) Vgl. §. 324.
9) Abg. Prot. IV, 98.
10) Frist im uneigentlichen Sinne. Abg. Prot. IV, 93. Vgl. §. 275.
11) Artikel 331 Absatz 3 und Artikel 338 S. 2 Pr. O.

ist und durch diesen von allem Nöthigen Kenntniß erhält [12]). Daß im beregten Falle zwar eine richterliche Erweiterung, unter keinen Umständen aber eine richterliche Verkürzung der gesetzlichen achttägigen Vorladungsfrist stattfinden darf, ist schon bemerkt [13]).

Die Kundmachung der Beweisaufnahmstagfahrt nach den so eben erörterten Vorschriften hat auch dann zu geschehen, wenn der Gegen-Anwalt oder die Gegenpartei bei Festsetzung der Tagfahrt in der Gerichtssitzung oder beim beauftragten Richter gegenwärtig war. Der Regierungsentwurf [14]) enthielt zwar die entgegengesetzte Bestimmung, welche vom Abgeordnetenausschuß auch ursprünglich angenommen war [15]), später aber fallen gelassen wurde, um zu verhüten, daß beschäftigte Anwälte hinsichtlich verschiedener Tagfahrten bei Nichtkundmachung im einen oder anderen Falle unsicher werden.

Daß diejenige Partei, welche die andere zur Tagfahrt vorladet, hiermit als selbst vorgeladen gilt, folgt aus allgemeinen Bestimmungen.

## §. 331 [1]).

Beim Zeugenbeweise sind die allgemeinen Vorschriften über die Kundmachung der Verhörstagfahrt (§. 330) insoferne erweitert, als neben der Inkenntnißsetzung des Gegners von dieser auch dessen specielle Benachrichtigung von allen abzuhörenden Zeugen erheischt wird. Zeugendenomination, Beweisantretung.

Spätestens acht Tage vor der Vernehmungstagfahrt, gleichviel ob das Verhör in der Sitzung oder vor dem beauftragten Richter stattfindet, hat jede Partei, welche Zeugen vorführen will, mittels Anwaltsacts ein Verzeichniß derselben nach Vor- und Familiennamen, Stand oder Gewerbe und

12) Abg. Ref. II, 123; Abg. Prot. II, 164.
13) Vgl. §. 324 und Abg. Prot. IV, 89, 93.
14) Artikel 290 Absatz 3.
15) Artikel 291 Absatz 3. Abg. Prot. II, 163.
1) Quellen zu Artikel 412 Pr. O.:
Abg. Ref. II. 149—150; III, 50.
Abg. Prot. II, 212—213, 340, 341, 363; IV, 96, 142.
R. Ref. I, 24, 87; II, 164.
R. Prot. II, 216—218; IV, 57.
Quellen zu Artikel 413 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 158.
Abg. Prot. II, 235—238, 340, 341, 363.
R. Ref. I, 24.
R. Prot. II, 218.
Quellen zu Artikel 414 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 51.
Abg. Prot. II, 235—238, 340—341, 363; IV, 96, 142, 330—331, 341.
R. Ref. I, 24; II, 164—165.
R. Prot. II, 218; IV, 57.
Quellen zu Artikel 415 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 153; III, 51.
Abg. Prot. II, 235—238, 341, 363—364; IV, 96—97, 142.
R. Ref. I, 24, 88; II, 165.
R. Prot. II, 218—221; IV, 57.

Wohnort der Gegenpartei zustellen zu lassen[2]). Befinden sich mehrere Personen völlig gleichen Namens am selben Ort, so soll der betreffende Zeuge noch näher nach dem Alter, der Hs.-Numer ꝛc. bezeichnet werden. Sollen mehrere Zeugen über verschiedene, aber nicht jeder über alle diese Thatsachen aussagen, so ist anzugeben, über welche Thatsachen die einzelnen Zeugen zu vernehmen sind.

Der Zeugendenominationsact ist an sich und in der bezeichneten Frist nothwendig. Denn das Zeugenbeweisangebot und Urtheil hat nur generell zu geschehen, die rechtzeitige Kundmachung der Verhörstagfahrt ermöglicht dem Gegner nur, dabei zu erscheinen oder sich dort vertreten zu lassen. Soll derselbe auch handeln können, so muß er zeitig über die Personen der geladenen Zeugen verständigt werden, um sich über deren Verhältnisse, Glaubwürdigkeit ꝛc. zu informiren und mit seinem Anwalte zu benehmen. Die Gegenpartei darf nicht in der Art überrascht werden, daß der Beweisführer etwa gar nicht denominirte Zeugen zur Tagfahrt mitbringt. Die in solchem Fall nöthige Vertagung des Verhörs schneidet das Gesetz durch die präclusive Natur der Denominationsfrist ab[3]).

Die erwähnte Frist ist eine uneigentliche. Vgl. §. 275. Als gesetzliche Frist kann sie richterlich nicht verlängert werden. Auch eine Erweiterung derselben nach Artikel 209 Pr. O. findet nicht statt[4]).

Ist die Zustellung des Verzeichnisses nicht rechtzeitig erfolgt oder läßt es die Identität der Personen nicht entnehmen, so kann die Gegenpartei verlangen, daß die betreffenden Zeugen nicht vernommen beziehungsweise ihre Aussagen nicht berücksichtigt werden, es sei denn die Partei oder ihr Gewalthaber habe der Vernehmung beigewohnt und den betreffenden Antrag spätestens nach Erklärung des Zeugen über die allgemeinen Fragen nicht gestellt[5]). Dies ist

I. Regel. Durch sie wird der Schwerpunct der Beweisantretung[6]), das Stadium der Präclusion der einzelnen Zeugen in die Denomination gelegt. Der Ausschluß knüpft sich nicht schon an den Ablauf der Betriebsfrist, aber auch nicht erst an die Verhörstagfahrt oder Schlußverhandlung[7]).

Hiebei sind nachstehende weitere Bemerkungen geboten.

1) Abweichend von den bezüglichen Vorschriften über das Zeugenbeweisbetriebsgesuch[8]) wird bei der Zeugendenomination kein Unterschied gemacht zwischen deren gänzlicher Unterlassung in laufender Frist und der etwaigen Unvollständigkeit einer im Uebrigen rechtzeitig zugestellten Denomination. Für beide Fälle gilt die Rechtsfolge des Ausschlusses. Die Versäumung zieht die gänzliche Präclusion des Zeugenbeweises, die theilweise Mangelhaftigkeit oder Unvollständigkeit der Zeugenangabe die Präclusion soweit nach sich, als sie reicht. Demgemäß sind letzterenfalls alle im Denominationsacte gar nicht oder im Identitätspuncte mangelhaft bezeichneten Zeugen ausge-

2) Artikel 412 Absatz 1 Pr. O.
3) Abg. Prot. II, 212—213.
4) R. R. Prot. II, 216.
5) Artikel 412 Absatz 2 Pr. O.
6) Im Sinne des deutschen Rechts.
7) Abg. Prot. II, 213.
8) Vgl. §. 328 Ziffer I, 3.

schlossen [9]). Durch diese Strenge soll eine laxe Procedur, insbesondere verhütet werden, daß bei stattgehabter Personenverwechslung nachträgliche Verhöre eines oder einzelner Zeugen stattfinden, im Uebrigen die Verlesung der Zeugenaussagen Platz greift und so die Unmittelbarkeit des Eindrucks verloren geht.

Allerdings erscheint diese formale Härte insofern gemildert, als das Gesetz nicht die Angabe von Vor- und Zunamen, Stand oder Gewerbe und Wohnort rc. bei Strafe der Nichtigkeit verlangt, sondern nur eine Zeugenbezeichnung, welche über die Identität keinen Zweifel läßt, eine Frage, die im richterlichen Ermessen steht. War unter gegebenen Voraussetzungen eine nähere Bezeichnung des Zeugen nach dem Alter rc. erforderlich, welche unterblieb, so dürfte immerhin anzunehmen sein, daß die Denomination deshalb allein nicht verwerflich, vielmehr der Gegner gehalten sei, seine Erkundigungen auf alle bezüglichen Personen auszudehnen.

Den Anwälten ist zu rathen, für die Regel zunächst den Gerichtsvollzieher mit der Zeugenladung zu beauftragen, von ihm sich genau über die Zeugen erkundigen und die Ladungsurkunde sicher stellen zu lassen, endlich erst auf Grund dieser Urkunde die Denomination zu fertigen [10]).

2) Die Präclusion tritt nicht blos für diese, sondern für alle Instanzen ein [11]), aber nur in Ansehung der bereits verhandelten Thatsachen, für welche Zeugenbeweis durch das Interlocut zugelassen ist.

Werden in zulässiger Weise später neue Thatsachen vorgebracht, so ist hinsichtlich dieser auch wieder Zeugenbeweis zuläßig.

3) Der Ausschluß tritt ohne Androhung ein und zwar

4) mit Ablauf der Denominationsfrist. Ist die Frist noch im Laufe, so können Nachträge und Ergänzungen zu dem bereits zugestellten Verzeichniß noch wirksam gemacht werden. Nach Ablauf der Frist kann nicht nur die versäumte Denomination nicht nachgeholt, sondern auch die rechtzeitig zugestellte nicht mehr berichtigt, ergänzt oder vervollständigt werden.

Zwar soll nach Artikel 215 Absatz 2 der Pr. O., wo das Gesetz wie hier einen Ungehorsamsantrag des Gegners verlangt, die versäumte Handlung nachgeholt werden können, solange der Antrag nicht gestellt ist. Allein die Anwendung dieser allgemeinen Vorschrift ist durch die Specialbestimmung des Artikel 412 Absatz 2 ausgeschlossen. Der Zweck der Denomination ist, den Gegner, der seinen Präclusionsantrag frühestens erst auf der Vernehmungstagfahrt stellen kann, in die Lage zu setzen, sich rechtzeitig über die Zeugen zu informiren. Mit einer verspäteten, vielleicht erst beim Verhör unternommenen Berichtigung oder Ergänzung ist ihm nicht gedient. Aber allerdings

9) Von einer blosen Vertagung des Verhörs auf Kosten des Säumigen, wie sie der Abg. Referent zu Gunsten des materiellen Rechts wollte, ist keine Rede. Vgl. Abg. Ref. II, 150.

10) Abg. Prot. II, 213.

11) Abg. Prot. II, 238; Artikel 707 Pr. O.

5) tritt die Präclusion nur auf Antrag des Gegners ein [12]).

War die Gegenpartei persönlich oder durch ihren Vertreter bei der Vernehmung gegenwärtig, so ist der Antrag ausgeschlossen, wenn sie ihn nicht spätestens nach der Erklärung des Zeugen über die allgemeinen Fragen gestellt hat. Die Einlassung auf das Zeugenverhör in der Hauptsache involvirt den Verzicht auf die Nichtigkeitseinrede gegen eine mangelnde oder mangelhafte Denomination. Die Partei darf nicht abwarten, was der Zeuge aussagt, um wenn die Aussage für sie ungünstig, aber günstig für den Beweisführer fällt, den Nichtigkeitseinwand zu erheben. Sie darf nicht einmal bis nach Beginn dieser Vernehmung zuwarten, um etwa während derselben ihren Antrag zu stellen.

War die Gegenpartei des Beweisführers in der Tagfahrt nicht gegenwärtig, so kann sie den Antrag auf Nichtberücksichtigung der betreffenden Zeugenaussagen [13]), ohne hiefür Restitution nach Artikel 216 und 217 der Pr. O. zu bedürfen, noch bei der nächsten eigenen Proceß- bezw. gerichtlichen Verhandlung geltend machen [14]), wenn sie nicht vorgezogen hat, den Verwerfungsantrag in Gemäßheit des Artikel 421 der Pr. O. mittels schriftlicher Eingabe beim Richtercommissär zu stellen. Die Bestimmung des Artikel 340 Pr. O. steht nicht entgegen, da die Sondervorschrift des Artikel 412 Absatz 2 den Verzicht auf den Antrag nur aus dem Schweigen der gegenwärtigen Partei ableitet [15]).

6) Die Entscheidung über den Verwerfungsantrag steht, wenn eine solche beim Widerspruche des Beweisführers nothwendig wird, dem Proceßgerichte auch dann zu, wenn der Antrag bei einem committirten oder subcommittirten Richter gestellt wurde [16]).

Wird der Antrag in der zum Verhör bestimmten Sitzung von dem bei der Vernehmung schon gegenwärtigen Probaten erhoben, so entscheidet das Proceßgericht, wenn der Gegner auf der Abhör besteht, sofort und spricht gewährenden Falls aus, daß der Zeuge nicht vernommen werden soll. Die Vernehmung unterbleibt dann.

Wird der Antrag in der Sitzung, wo der Zeuge in Abwesenheit des Probaten bereits vernommen wurde, von diesem bei seinem nachträglichen Erscheinen gestellt, so geht die etwa nöthige Entscheidung auf Nichtberücksichtigung der gemachten Aussage.

Wird der Antrag, im Falle der Probat beim Verhör vor dem Richtercommissär abwesend war, erst in der Sitzung gestellt, so geht die Entscheidung dahin, daß die protokollirte Zeugenaussage nicht zu berücksichtigen, also auch nicht zu verlesen sei [17]).

Wurde der Antrag bereits vor dem beauftragten Richter gestellt, sei es mündlich oder nach Artikel 421 der Pr. O., so hat dieser,

---

12) Vgl. Artikel 215 Absatz 1 und 2 mit Artikel 412 Absatz 2 Pr. O.
13) Die Vernehmung hat immer stattzufinden und darf von Amtswegen nicht abgelehnt werden.
14) Artikel 219 Absatz 2 Pr. O.
15) Vgl. R. Ref. I, 87; R. Prot. II, 216—218; Abg. Ref. III, 50.
16) R. Prot. II, 217.
17) Abg. Prot. II, 343.

wenn der Beweisführer auf der Vernehmung besteht, die Bemerkungen und Anträge der Parteien, sowie die über den Verwerfungsgrund vom Zeugen etwa abgegebene Erklärung zu Protokoll zu nehmen und hierauf zur Abhör des Zeugen zu schreiten[18]). Die endliche Entscheidung erfolgt vor dem Proceßgericht[19]). Vgl. §. 196[20]).

II. Die unter Ziffer I erläuterte Regel läßt Ausnahmen zu. Sie wurzeln in dem Gedanken, daß der Beweisführer den Vorschlag weiterer Zeugen während des Laufs der Denominationsfrist ohne seine Schuld unterlassen hat. Im uneigentlichen Sinne gehört hieher der Fall der Incidentrestitution gegen den Ablauf der Denominationsfrist[21]); denn hier wird die bereits abgelaufene Frist wieder eröffnet bezw. als offen geblieben betrachtet[22]). Als wahre Ausnahmen von der Regel des Artikel 412 Absatz 2 der Pr. O. aber sind jene Fälle anzusehen, in welchen ohne das Mittel der an strenge Vorbedingungen gebundenen Wiedereinsetzung Zeugen nach abgelaufener Frist noch vorgeschlagen werden dürfen.

1) An Stelle eines der Gegenpartei rechtzeitig[23]) kundgegebenen Zeugen, dessen Vernehmung ohne Verschulden des Beweisführers unmöglich geworden ist, darf dieser in einer von dem Gerichte oder, wenn der zu Verlust gegangene Zeuge vor dem beauftragten Richter zu vernehmen war, von diesem auf bezügliches Gesuch festzusetzenden Frist andere früher nicht benannte Zeugen und diese für die vom weggefallenen Zeugen zu bekundende Thatsache in unbeschränkter Zahl in Vorschlag bringen[24]).

Trifft den Beweisführer eine Schuld am Verluste des Zeugen, so hat dieser den Nachtheil zu tragen[25]). Ein unverschuldeter Verlust ist gegeben, wenn der Hinwegfall des Zeugen z. B. durch Tod, Geisteskrankheit, Flucht ꝛc. nach Ablauf der Denominationsfrist erst eingetreten oder doch dem Beweisführer, ohne daß man ihm Nachlässigkeit vorwerfen kann, zu spät bekannt geworden ist, als daß er die Denomination und Ladung von Ersatzzeugen noch rechtzeitig hätte bewirken können.

2) Für den unmittelbaren Gegenbeweis[26]), welcher in der Verhandlung nicht anzubieten und urtheilmäßig zuzulassen, sondern kraft Gesetzes vorbehalten ist, läuft gleichwohl, wenn er durch Zeugen geführt werden will, dieselbe Betriebs-[27]), und Denominations-

---

18) Artikel 425 Absatz 2 Pr. O.
19) Artikel 426 Pr. O.
20) Vgl. auch R. Prot. II, 225.
21) Artikel 216 und 217 Pr. O.
22) Von einer Restitution nach ergangenem Urtheil (rest. c. sent.) kann hier nicht die Rede sein. Auch die unverschuldete Nichtbenützung von Zeugen ist kein Grund zur Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens.
23) Bei Zeugen, deren Identität wegen mangelhafter Bezeichnung zweifelhaft war, ist die Frage, ob deren Vernehmung möglich gewesen oder nicht, gegenstandslos.
24) Artikel 413 Pr. O. Vgl. §. 217.
25) Abg. Prot. II, 235.
26) Wider den in der Verhandlung anzubietenden Beweis, sei dies nun unmittelbarer oder mittelbarer Hauptbeweis oder mittelbarer Gegenbeweis.
27) Artikel 406 Absatz 1 Pr. O.

frist [28]), wie für jenen Beweis [29]), wogegen der erstere gerichtet wird. Demgemäß trifft den Reprobanten der Ausschluß mit seinen Gegenzeugen, wenn er entweder die Frist für das Betriebsgesuch versäumt oder die Denominationsfrist überhaupt oder bezüglich einzelner Gegenzeugen nicht einhält.

Dies ist materiell auch insoweit gerechtfertigt, als der Reprobant durch das vorausgegangene Beweisanerbieten und Beweisurtheil von der Nothwendigkeit und dem Gegenstand seiner Reprobation in Kenntniß gesetzt ist. Anders verhält sich aber die Sache, wenn für den Gegenbeweis Anlaß und Gegenstand erst durch die Persönlichkeit oder die Aussagen der Beweiszeugen geboten wird.

a) Die Personen der Beweiszeugen erfährt der Gegenbeweisführer erst aus der Denomination des Probanten, welche ihm vielleicht in den letzten Tagen der auch für ihn laufenden Beweisantretungsfrist zugestellt wird. Hier befindet sich der Reprobant schlechterdings außer Stand, noch während dieser Frist etwaige Gegenzeugen über den Leumund, das alibi der Zeugen, vielleicht Aeußerungen derselben im entgegengesetzten Sinn aufzufinden, zu denominiren und zum angesetzten Verhör vorzuladen. Demgemäß ist die Beweisführung gegen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen mit anderen Zeugen [30]) vom Gerichte nachträglich zu gestatten, wenn ein dahin zielendes Begehren bei der auf das Zeugenverhör folgenden Verhandlung gestellt wird [31]).

b) Nicht minder befindet sich der Gegenbeweisführer außer Stand, die Betriebs- und Denominationsfrist einzuhalten, wenn erst der Inhalt der Zeugenaussage ihm Anlaß und Gegenstand zur Reprobation bietet. Ihm aus formalen Gründen die Gegenbeweisführung zu untersagen, wäre um so weniger gerechtfertigt, als das Gericht beim Endurtheil mittelbar erhebliche [32]) Thatsachen berücksichtigen kann, über welche sich Probe durch das Beweisverfahren ergeben hat, auch wenn das Beweisanerbieten nicht darauf gerichtet war [33]). Demgemäß hat das Gericht auch den Gegenbeweis mit Zeugen nachträglich zu gestatten, wenn nach seinem Ermessen die Veranlassung dazu erst durch die Aussage der Beweiszeugen gegeben wurde und ein auf Zulassung des Gegenbeweises zielendes Begehren bei der auf das Zeugenverhör folgenden Verhandlung gestellt wird [34]).

Sowohl im Falle des Absatz 1 als des Absatz 2 des Arti-

28) Artikel 412 Pr. O.
29) Durch Zeugen.
30) Für den Gegenbeweis mit sonstigen Beweismitteln bedurfte es einer Specialbestimmung wie der des Artikel 414 Absatz 1 Pr. O. nicht, da deren Geltendmachung nirgends besonders beschränkt erscheint.
31) Artikel 414 Absatz 1 Pr. O.
32) Artikel 322 Pr. O.
33) Artikel 345 Pr. O.
34) Artikel 414 Absatz 2 Pr. O.

kel 414 soll das Gegenbeweisanerbieten nicht beim Zeugenverhör, sondern bei der darauf folgenden Verhandlung gestellt werden, bez. noch gestellt werden können, weil der Reprobant erst aus dem Verlaufe jenes Verhörs auf die Nothwendigkeit dieses Gegenbeweises geführt werden kann und solchen Falls nicht immer die Beweismittel sogleich anzubieten vermag, dann aber auch weil der Richtercommissär über die Zulassung nicht zu entscheiden hat, also doch eine Verhandlung vor dem Proceßgericht nothwendig ist, die mit der Verhandlung in der Hauptsache entsprechend verbunden wird.

Natürlich bildet in beiden Fällen der Schluß dieser Verhandlung die Gränze, über welche hinaus der bezeichnete Gegenbeweis nicht mehr zuläßig ist [35]).

Daß und warum auf das fragliche Gegenbeweisanerbieten förmlich zu interloquiren ist, wurde bereits in den §§. 178—181 erörtert.

3) Die dritte Ausnahme von der Regel bildet der Fall von sg. Novitätszeugen d. h. der Auffindung neuer Zeugen nach Ablauf der Betriebs- und Denominationsfrist. Auch sie entspringt dem Bestreben, das materielle Recht gegen formale Präclusionen zu schützen. Sie ist dem französischen Rechte, nicht aber der Praxis fremd und ersetzt das deutsch-rechtliche Institut der restitutio ex capite novorum. Doch bildet sie einen eigentlichen Fall der Incidentrestitution nicht, da sie nicht an deren strenge Voraussetzungen (Artikel 217 und 216 Pr. O.) gebunden ist [36]).

Das Gericht kann (mittels Interlocuts) nicht denominirte Zeugen auch nach Ablauf der Denominationsfrist unter den folgenden Voraussetzungen noch zulassen [37]):

a) Der Beweis- oder Gegenbeweisführer [38]) muß einen bezüglichen Antrag und diesen spätestens bis zum Schlusse der nach der Beweisaufnahme in der Hauptsache folgenden Verhandlung [39]) dieser Instanz gestellt haben. In der höheren Instanz können Novitätszeugen für Thatsachen, über die bereits im ersten Rechtszuge Zeugenbeweis zugelassen und geführt wurde, auf Grund des Artikel 415 der Pr. O. nicht mehr zugelassen werden [40]).

b) Die zweite Voraussetzung ist, daß das Gericht die Sache nicht auch ohne weitere Zeugen für schon genügend aufgeklärt erachtet. Hierüber entscheidet das freie richterliche Ermessen. Argum. voce „das Gericht kann u. s. w."

c) Der Beweisführer darf an der Versäumung rechtzeitiger Denomination keine Schuld tragen, indem er die weiteren Zeugen trotz

35) Abg. Prot. II, 235—237, 341.

36) Abg. Prot. IV, 97.

37) Artikel 415 Absatz 1 Pr. O.

38) Die Zulassung von Novitätszeugen ist statthaft sowohl für Haupt- als Gegenbeweis, mittelbaren wie unmittelbaren Beweis.

39) d. h. eben jener Verhandlung, deren Gegenstand die Aussage des Novitätszeugen mitbilden würde, wenn sie schon erhoben wäre.

40) Artikel 707 Absatz 4 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 237, 238.

angewandten Fleißes erst nach Ablauf der Denominationsfrist entdeckt hat.

Ob diese Voraussetzung gegeben sei, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände. Ein sg. Noveneid darüber, daß der Beweisführer den betreffenden Zeugen in der That vor Ablauf der Denominationsfrist nicht in Erfahrung gebracht habe, ist demselben weder aufzuerlegen noch abzunehmen. Andere Bescheinigungsmittel sowohl hierüber als über den von ihm bethätigten Fleiß sofort vorzulegen, ist dem Antragsteller unbenommen. Auch in Ermanglung solcher ist dem Antrage zu entsprechen, wenn sich das bezügliche Vorbringen nicht als unglaubwürdig darstellt.

Ergibt sich aus der Vernehmung des Zeugen, daß mit der nachträglichen Bezeichnung desselben nur eine muthwillige Verzögerung bezielt wurde, so ist der Antragsteller in eine Geldstrafe bis zu hundert Gulden zu verurtheilen [41]). Die Strafe trifft das dolose Vorbringen und ist nicht schon dann auszusprechen, wenn die Aussage des Zeugen sich als irrelevant herausstellt, sondern nur wenn sich ergibt, daß der Beweisführer von ihrer Unerheblichkeit zum Voraus Kenntniß hatte. Auch ist von der Strafe Umgang zu nehmen, wenn aus der zwar erheblichen Aussage des neuen Zeugen zugleich hervorgeht, daß dessen Wissenschaft dem Beweisführer schon vor Ablauf der Denominationsfrist bekannt war, oder daß er den Zeugen bei gehörigem Fleiße rechtzeitig hätte auffinden können. Bei der Erheblichkeit der Aussage kann der bezügliche Antrag immerhin nicht als muthwillig gelten. Allerdings aber rechtfertigt die dabei unterlaufene Verzögerung der Sache die Verurtheilung des schuldhaften Beweisführers in die verursachten besonderen Kosten.

## IV. Capitel.

## Ladung der Zeugen und Sachverständigen.

### §. 332 [1]).

Zur Beweisaufnahmstagfahrt sind die Zeugen und Sachverständigen, diejenigen Personen, welche als im Sinne des Artikel 73 der Pr. O. bei-

---

41) Artikel 415 Absatz 2 Pr. O.

1) Quellen zu Art. 409 Pr. O.:
Abg. Ref. II. 150.
Abg. Prot. II, 213—214, 339—340, 363.
R. Ref. I, 24.
R. Prot. II, 213.
Quellen zu Artikel 411 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 152—153; III, 50.
Abg. Prot. II. 215, 226, 227, 233, 340, 363; IV, 96, 142.
R. Ref. I, 24; II, 164.
R. Prot. II, 213; IV, 57.
Quellen zu Artikel 429 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 152—153.
Abg. Prot. II, 215, 226, 227, 233, 343—344, 365.

zuladende Dritte Erklärungen ꝛc. abgeben sollen [2]), sowie die Gegenpartei in Person [3]) vorzuladen, letztere wenn sie als Probat unter gegebenen Voraussetzungen zu beweisdienlichen persönlichen Erklärungen oder Handlungen vom Beweisführer angehalten werden will [4]). Ueber die Ladung der zuletzt genannten Personen vergleiche §§. 228 und 339.

Anlangend die Ladung der Zeugen und Sachverständigen, so ist von der Obliegenheit zur Vorladung (§. 332), von den Erfordernissen einer rechtsgiltigen Vorladung (§. 333), endlich von des Vorgeladenen Pflicht zum Erscheinen (§. 334) zu handeln.

I. Die Vorladung der Zeugen zur Vernehmungstagfahrt zu bewerkstelligen, liegt den Parteien [5]) und zwar jener Partei ob, welche sie vorführen will [6]).

Es macht hiebei keinen Unterschied, ob das Zeugenverhör in der Sitzung oder vor dem beauftragten oder subcommittirten [7]) Richter, ob es im Inlande oder im Auslande stattfinden soll, ob zum inländischen Gerichte oder Richter blos inländische oder selbst ausländische Zeugen vorzuladen sind. In wieweit für ausländische Zeugen die Pflicht zum Erscheinen vor inländischen Richtern oder Gerichten besteht, ergeben die bezüglichen Staatsverträge [8]). Soll aber die Vernehmung ausländischer Zeugen im Auslande geschehen, so kann deren Ladung allenfalls nach den dort geltenden Bestimmungen durch das betreffende ausländische Gericht geschehen [9]).

Uebrigens ist die Vorladungspflicht nicht so zu verstehen, als ob die Partei, welche einen Zeugen denominirt und dadurch gemeinschaftlich gemacht hat [10]), nun auch gehalten wäre, denselben vorzuladen, obwohl sie auf ihn verzichten will. Hierauf hat die Gegenpartei kein Recht; sie ist nur befugt, einen solchen Zeugen nun ohne Denomination ihrerseits zum Verhöre zu laden.

Der Grundsatz, daß die Zeugenvorladung eine Parteiobliegenheit bildet, äußert eine sehr wichtige Wirkung. Der Zeuge ist, wenn dessen Ladung nicht oder nicht rechtswirksam erfolgte und er demzufolge in der Tagfahrt ausblieb, für den Beweisführer verloren [11]). Denn die Ver-

---

R. Ref. I, 25.
R. Prot. II, 230.
Quellen zu Artikel 440 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 130—131.
Abg. Prot. II, 182, 345, 366, 453.
R. Ref. I, 26.
R. Prot. II, 231.

2) Artikel 381 Pr. O.
3) Artikel 155 Pr. O.
4) Artikel 380 Pr. O.
5) Abg. Prot. II, 340.
6) Artikel 409 Absatz 1 Pr. O.
7) Artikel 407 Absatz 2 Pr. O. Die richterliche Thätigkeit beschränkt sich im Falle des Artikel 407 auf die Requisition des subcommittirten Richters.
8) Abg. Prot. II, 210.
9) Artikel 335 Pr. O. Vgl. §. 323.
10) Artikel 337 Pr. O.
11) Hannöver. Prot. 2170—2183, insbesondere 2178—2183.

legung der Tagfahrt und Wiedervorladung eines ausgebliebenen Zeugen ist nur zuläßig, wenn der Zeuge rechtsförmlich geladen war [12]) und nicht erschienen ist, oder wenn vom Beweisführer die Unmöglichkeit rechtsförmlicher Ladung [13]) nachgewiesen und Restitution [14]) erwirkt wird [15]), oder in einem Falle des Artikel 411 Absatz 2 und 429 der Pr. O. Vgl. §. 333 Ziffer I, 4.

Ist ein verspätet oder nicht rechtsförmlich oder ein gar nicht geladener Zeuge gleichwohl erschienen, so muß er vernommen werden. Die Gegenpartei kann aus den erwähnten Ladungsmängeln eine Nichtigkeitseinrede oder einen Verwerfungsgrund nicht ableiten.

II. Für die Vorladung der Sachverständigen hat, wenn die Begutachtung von einer Partei beantragt wurde, diese, wenn aber die Begutachtung von Amtswegen angeordnet ist, der betreibende Theil zu sorgen [16]).

Dies gilt sowohl in dem Falle, wenn die Sachverständigen in der Sitzung [17]), als wenn sie außerhalb derselben bei einer Einweisungstagfahrt [18]) erscheinen sollen.

Ist die Begutachtung nicht von Amtswegen, sondern lediglich auf Antrag der beweispflichtigen Partei verfügt, so ist diese des Beweises verlustig, wenn sie die Ladung unterlassen oder nicht in rechtsförmlicher Weise bewirkt hat und die Sachverständigen nicht erschienen. Selbstverständlich kann übrigens im erwähnten Falle die Ladung auch von der Gegenpartei bethätigt werden.

## §. 333 [1]).

I. Die Erfordernisse einer rechtsförmlichen Zeugenladung sind theils allgemeine für Zeugen schlechthin (sieh' Ziffer 1. 2. 3), theils besondere für öffentliche Beamte als Zeugen (sieh' Ziffer 4).

1) Abgesehen davon, daß die Ladung durch einen den allgemeinen Erfordernissen (Artikel 202 u. s. w.) entsprechenden Act eines zuständigen Gerichtsvollziehers (Artikel 200 u. s. w.) zu bewirken ist, müssen zwischen der Zustellung der Vorladung an den Zeugen und der Vernehmungstagfahrt wenigstens drei Tage in Mitte liegen [2]).

---

12) Artikel 427 Absatz 1 Pr. O. Der Nachweis ist durch die Ladungsurkunde zu liefern.

13) Die Nachlässigkeit des Gerichtsvollziehers ꝛc. ist kein Restitutionsgrund.

14) Artikel 216 und 217 Pr. O.

15) Abg. Prot. II, 216.

16) Artikel 440 Pr. O.

17) Artikel 438, 446, 447, 448 Pr. O. Vgl. §§. 337, 324.

18) Artikel 438, 447 Pr. O. Vgl. §§. 337, 324.

1) Quellen zu Artikel 409, 411 und 429 sieh' bei §. 332.
Quellen zu Art. 410 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 150.
Abg. Prot. II, 213—214, 227, 228—229, 340, 363; IV, 98—99, 141.
R. Ref. I, 24; II, 164.
R. Prot. II, 213; IV, 57.
Verordnung vom 28. May 1870, den Vollzug der Artikel 400, 410 und 411 der Pr. O. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betr. J.M. Bl. S. 157 ff.

2) Artikel 410 Absatz 1 Pr. O.

Diese drei Tage sind um die in Artikel 209 der Pr. O. bestimmten Zeiträume erweitert, wenn der Zeuge nicht am Orte seiner Vernehmung wohnt oder sich aufhält, sondern von auswärts erscheinen muß [3]).

Bei der Wahl des Vernehmungstags hat das Gericht bezw. der Richtercommissär darauf Rücksicht zu nehmen, daß die bezeichneten Fristen eingehalten werden können. Dies ist nur möglich, wenn die betreffende Partei dem Proceßgericht bei der Verhandlung, dem Commissär in ihrem Betriebsgesuch über alle wesentlichen Umstände zureichenden Aufschluß gibt. Wurde dies schuldhaft unterlassen, so hat die Partei, wenn ein Zeuge wegen nicht rechtzeitiger Ladung ausbleibt, die Kosten der Tagfahrtsreassumtion zu tragen, mag auch nach Sachlage eine rechtzeitige Ladung unmöglich gewesen sein [4]).

2) In der Vorladung sind die Parteien, das Gericht oder der beauftragte Richter, Ort und Zeit der Vernehmung und die nach dem Beweisurtheil zu beweisenden Thatsachen, letztere soweit sie den Gegenstand der Vernehmung bilden, anzuführen [5]).

Die Nichtbeachtung dieser Erfordernisse hat die Nichtigkeit der Ladung zur Folge, wenn der Mangel den Zeugen außer Stand setzt zu bemessen, ob und wo er zu erscheinen hat [6]).

Die Angabe der den Vernehmungsgegenstand bildenden Thatsachen soll es dem Zeugen ermöglichen, sein Gedächtniß aufzufrischen, allenfalls in seinen Papieren enthaltene Notizen nachzulesen, überhaupt sich klar zu werden, was er bekunden kann oder nicht. Sie ist jedenfalls dann wesentlich, wenn es sich um einen Beamten als Zeugen handelt, weil dieser wissen muß, ob er über amtliche oder andere Dinge deponiren soll und ersterenfalls u. U. vom Erscheinen bei der Tagfahrt befreit ist [7]). Der bezeichneten Vorschrift wird dadurch am besten genügt, daß dem Zeugen mit der Vorladung der betreffende Theil des Urtheilssatzes abschriftlich mitbehändigt wird.

3) Liegt ein Fall des Artikel 343 Abs. 4 der Pr. O. vor, so muß die Ladung das Nöthige über die betreffenden Verhältnisse entnehmen lassen. Vgl. §. 327. Eine in dieser Hinsicht mangelhafte Ladung ist unwirksam, weil der Geladene ihr keine Folge zu geben braucht [8]).

4) Oeffentliche Beamte sind wie andere Zeugen durch die Parteien vorzuladen und zum persönlichen Erscheinen als Zeugen verpflichtet. Die einfache Berufung auf ihren Dienst entbindet sie nicht von der Ladungsfolge. Hiemit ist Proceßverzögerungen und Beschädigungen der Parteien vorgebeugt. Anderseits darf aber der Beamte auch nicht ohne alle geeignete Vorkehr seinem Dienst entzogen werden, der sonst nothwendig Störungen erleiden müßte. Deshalb bestehen

---

3) Abg. Ref. II, 150; Abg. Prot. II, 340; IV, 98—99; R. Ref. II, 164.
4) Abg. Prot. II, 210, 340.
5) Artikel 409 Absatz 2 Pr. O.
6) Artikel 218 Absatz 2 Pr. O.
7) Vgl. Artikel 429 Pr. O. und die alleg. V.O. v. 28. May 1870.
8) Abg. Prot. IV, 93.

in dieser Richtung wie für den Straf-, so auch für den Civilproceß Sondernormen.

a) Sind öffentliche Beamte oder Bedienstete als Zeugen in Civilstreitigkeiten vorzuladen, so haben zwischen der Zustellung der Vorladung an den Zeugen und der Vernehmungstagfahrt wenigstens sechs Tage in Mitte zu liegen. Der Vorgeladene hat, wenn bezüglich seines Dienstes besondere Vorsorge zu treffen ist, sofort von der erfolgten Vorladung seine vorgesetzte Dienstbehörde in Kenntniß zu setzen. Erscheint in dringenden Fällen die Einhaltung der sechstägigen Frist nicht möglich, so hat der vorladende Gerichtsvollzieher noch vor der Ladung oder doch wenigstens gleichzeitig mit derselben für die Benachrichtigung der vorgesetzten Dienstbehörde Sorge zu tragen [9]). Diese Vorschrift [10]) gilt mit Ausnahme der Militärpersonen, für deren Ladung als Zeugen Artikel 193 Ziffer 7 der Pr. O. maßgebend ist, für alle Dienstesbranchen ohne Unterschied [10]). Durch sie sind alle bezüglichen früheren Vorschriften aufgehoben.

b) Der öffentliche Beamte ist, auch wenn er im Uebrigen als Zeuge rechtsförmlich geladen wurde, u. U. befreit, der Ladung Folge zu leisten. Diese Befreiung tritt ein, wenn derselbe durch eine ohne Ermächtigung seiner vorgesetzten Stelle abgegebene Aussage eine amtliche Pflicht zur Verschwiegenheit verletzen würde [11]) und ihm dennoch diese vom Beweisführer nach den hierüber bestehenden verordnungsmäßigen Vorschriften [12]) zu erholende Er-

---

9) Artikel 410 Absatz 2 Pr. O.; Verordnung vom 28 May 1870 §. 5.
10) Abg. Prot. II, 228—229.
11) Artikel 400 Pr. O. Vgl. §. 195.
12) Zur Ergänzung des in §. 195 Gesagten mögen die Bestimmungen der allegirten Verordnung §§. 1—4 nachträglich erwähnt werden. Sie lauten:

§. 1. Zur Ertheilung der nach Artikel 400 Nr. 2 der Pr. O. erforderlichen Ermächtigung öffentlicher Beamten zur Vernehmung als Zeugen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist die zunächst vorgesetzte Stelle des zu vernehmenden Beamten zuständig.

Ist der Beamte verschiedenen Stellen untergeordnet, so bemißt sich die Zuständigkeit danach, welchem Ressorte der Gegenstand, bezüglich dessen die Ermächtigung zur Vernehmung nachgesucht wird, angehört.

§. 2. Bei eingetretenem Wechsel in der dienstlichen Unterordnung oder im Falle der Quiescenz oder des Austritts aus dem öffentlichen Dienste hat die Ermächtigung durch diejenige Stelle zu geschehen, welcher der Beamte damals untergeordnet war, als er vermöge seines Dienstverhältnisses über den Gegenstand der Zeugschaftsleistung Kenntniß erhielt.

§. 3. Die Ermächtigung zur zeugschaftlichen Vernehmung kann niemals im Allgemeinen, sondern nur in Bezug auf einen speciell zu bezeichnenden Gegenstand nachgesucht und ausgesprochen werden.

§. 4. Die Ermächtigung ist zu versagen, wenn durch die zeugschaftliche Vernehmung des betreffenden Beamten ein erhebliches öffentliches Interesse gefährdet würde.

Mit Rücksicht auf sonstige gefährdete Interessen kann die Ermächtigung versagt werden, wenn es sich um Geheimnisse handelt, bezüglich welcher nach der Natur des einschlägigen Dienstzweiges das Verhältniß besonderer Treue gegen die Betheiligten begründet ist und von diesen sich gegen die Ertheilung der Ermächtigung ausgesprochen wird.

mächtigung mit der Vorladung abschriftlich nicht zugestellt wurde[13]).

Einer besondern Beglaubigung durch den Gerichtsvollzieher bedarf die Abschrift nicht. Dieser haftet für deren Richtigkeit, wenn sie nicht etwa schon von einer anderen mit öffentlichem Glauben versehenen Person fidemirt ist[14]). Auch eine unmittelbare Mittheilung der vorgesetzten Behörde an den betreffenden Beamten über dessen Entbindung vom Amtsgeheimniß ist nicht erforderlich[15]).

Ist jene Zustellung unterblieben, so ist der Beamte berechtigt, statt persönlichen Erscheinens dem Gerichte oder beauftragten Richter unter Bezugnahme auf seine Dienstpflicht anzuzeigen, daß er die Vernehmlassung von der Ermächtigung seiner vorgesetzten Stelle abhängig machen zu müssen glaube und bis diese ihm zugestellt sei, sowohl das Zeugniß als das persönliche Erscheinen verweigere[16]). Natürlich muß diese Anzeige rechtzeitig d. h. geschehen, ehevor noch die Straffolgen des ungehorsamen Ausbleibens gegen den Zeugen ausgesprochen sind[17]). Seine Wiedervorladung kann dann nur stattfinden, nachdem die Ermächtigung der vorgesetzten Behörde zur Vernehmlassung beigebracht ist[18]).

Der Beweisführer kann Vertagung der betreffenden Vernehmung mit Gestattung der Wiedervorladung des Zeugen nach erlangter Ermächtigung nur begehren, entweder wenn er bescheinigt, daß er die Ermächtigung nachgesucht, aber trotz Anwendung des erforderlichen Fleißes rechtzeitig nicht erhalten hat[19]), oder wenn er zwar die Ermächtigung gar nicht nachgesucht hat, aber auch nach Sachlage nicht wohl anzunehmen war, daß sich seitens des Zeugen auf ein Amtsgeheimniß berufen werde.

Wird der Vertagungsantrag nicht gestellt oder verworfen, so ist der Zeuge für den Beweisführer verloren. Die Verwerfung des Antrags wegen Nichtanwendung des gehörigen Fleißes kann auch deshalb stattfinden, weil der Beweisführer es schuldhaft unterließ, bei der Verhandlung bezw. in seinem Betriebsgesuch den nöthigen Aufschluß über die Eigenschaft des Zeugen als Beamten ꝛc. zu geben und so veranlaßt hat, daß bei Anberaumung der Vernehmungstagfahrt die entsprechende Rücksicht auf die für Erholung der Ermächtigung erforderliche Zeit nicht genommen werden konnte.

Von den hier erörterten Sondervorschriften abgesehen bleibt es im Uebrigen auch für die Ladung von Beamten und Bediensteten bei der allgemeinen Regel (Ziffer 1—3). Denn die Pr. O. verweist in dieser Hinsicht nicht schlechthin auf eine zu erlassende Verordnung, sondern räumt der Staatsregierung nur eine bezügliche

13) Artikel 411 Absatz 1 Pr. O.
14) Abg. Prot. II, 340.
15) Abg. Prot. a. a. O.
16) Artikel 429 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 343—344.
17) Artikel 427 Pr. O.
18) Artikel 429 Pr. O. i. f.
19) Artikel 411 Absatz 2 Pr. O.

Facultät ein, von welcher in größerem oder geringerem Umfang Gebrauch gemacht werden konnte[20]).

II. Hinsichtlich der Erfordernisse der Sachverständigenladung sind die Vorschriften über die Zeugenladung entsprechend anzuwenden.

Die Vorladung hat die Aufforderung zu enthalten, in der betreffenden Tagfahrt oder in der bezüglichen Sitzung zu dem bestimmten Zwecke, Einweisung oder Abgabe des Gutachtens 2c. zu erscheinen.

Wenn auch nicht gerade vorgeschrieben, so ist es doch zweckmäßig, die Sachverständigen in ähnlicher Weise wie die Zeugen schon bei der Vorladung mit dem Gegenstande ihrer Thätigkeit entsprechend bekannt zu machen.

## §. 334 [1]).

I. Jeder vorgeladene Zeuge hat, gleichviel ob er die erwartete Aussage machen kann oder nicht, die Pflicht, in der Tagfahrt zu erscheinen, vorausgesetzt, daß die Ladung rechtsförmlich erfolgte, daß ihm das Erscheinen nicht durch thatsächliche Hindernisse unmöglich gemacht ist und daß er sich der Zeugschaft nicht nachgewiesener Massen in statthafter Weise entschlagen hat. Der Zeuge muß in angemessener Weise d. h. so erscheinen, daß er in der erwähnten Eigenschaft vernommen werden kann. Kann z. B. ein Zeuge wegen Trunkenheit nicht abgehört werden, so ist er als nichterschienen zu betrachten.

Die Pflicht des Zeugen, unter den vorbezeichneten Voraussetzungen der Ladung Folge zu leisten, ist eine erzwingbare[2]).

1) Ist ein Zeuge zwar in der Tagfahrt ausgeblieben, aber auch entweder dessen Ladung unerwiesen oder ausweislich der Ladungsurkunde wesentlich mangelhaft (§. 333 Ziffer I, 1, 2 und 4 litt. a) oder in einer dessen Erscheinungspflicht ausschließenden Weise erfolgt, und dieses mit oder ohne Zuthun des Zeugen ausreichend bescheinigt[3]), sei es im Falle des Artikel 343 Absatz 4 oder im Falle des Artikel 411 Absatz 1 mit 429 der Pr. O. (§. 327 Ziffer II und §. 333 Ziffer I, 3 und 4 litt. b), — oder bereits ausreichend bescheinigt[3]), gleichviel ob mit Zuthun des Zeugen z. B. der Vor-

---

20) Abg. Prot. II, 346.

1) Quellen zu Artikel 427 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 150—151; III, 52.
Abg. Prot. II, 214, 226, 343, 344, 365, 452; IV, 98, 143.
R. Ref. I, 25; II, 167.
R. Prot. II, 230; IV, 57.
Quellen zu Artikel 428 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 52.
Abg. Prot. II, 226, 343, 344, 365; IV, 98, 144.
R. Ref. I, 25; II, 167—168.
R. Prot. II, 230; IV, 57.
Quellen zu Artikel 430 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 151; III, 52.
Abg. Prot. II, 214, 344, 365, 452; IV, 98, 144, 330—331, 341.
R. Ref. I, 25; II, 168.
R. Prot. II, 230; IV, 57.
Quellen zu Artikel 441 Pr. O. sieh' bei §. 203, zu Artikel 429 bei §. 332.

2) Vgl. hannöv. Prot. 2170—2183.

3) Vgl. §. 173.

lage eines ärztlichen Zeugnisses oder ohne dessen Zuthun z. B. durch Notorietät über ein Naturereigniß, daß demselben das Erscheinen durch factische Hindernisse unmöglich gemacht war, — oder ist durch den Zeugen dem Gerichte oder Richtercommissär rechtzeitig und sicher angezeigt[4]), daß er von einem Zeugnißentschlagungsgrunde Gebrauch machen wolle, welcher Grund zu Recht besteht und vollerwiesen vorliegt (§. 197 ff.): so fällt dem Nichterschienenen kein Ungehorsam zur Last. Von jeder Verurtheilung desselben wegen verweigerter Ladungsfolge ist demgemäß Umgang zu nehmen[5]).

Die Wiederanberaumung der vereitelten Tagfahrt mit Wiedervorladung des Zeugen kann nur in den beiden Fällen stattfinden, wenn der Zeuge am Erscheinen thatsächlich verhindert oder nach Artikel 411 Absatz 1 mit Artikel 429 der Pr. O. zum Erscheinen nicht verpflichtet war, vorausgesetzt in jedem Falle, daß ein Antrag auf neuerliche Tagfahrtsansetzung von der einen oder andern Partei[6]) gestellt wird.

Von diesen beiden Fällen abgesehen kann eine nachträgliche Vernehmung des Zeugen nur vom Proceßgerichte und zwar dann angeordnet werden, wenn die betreffende Partei gegen die Folgen einer versäumten oder rechtsunwirksamen Ladung restituirt wird[7]), oder auf erhobene Beschwerde[8]) oder bezüglichen Antrag bei der Verhandlung die Abänderung jenes Beschlusses erwirkt, durch welchen der Richtercommissär einen geltend gemachten Zeugnißweigerungsgrund als gerechtfertigt anerkannt hat.

2) Zeugen, welche einer rechtsförmlichen Vorladung, bei welcher weder der Fall des Artikel 343 Absatz 4, noch jener des Artikel 411 Absatz 1 mit Artikel 429 der Pr. O. gegeben ist, eine Folge nicht geleistet haben, sind, wenn ein thatsächliches Hinderniß ihres Erscheinens weder von ihnen angezeigt und bescheinigt, noch sonst genügend wahrscheinlich, auch ein gesetzlicher Zeugnißentschlagungsgrund[9]) entweder nicht bewiesen oder die Zeugschaftsentschlagung nicht geltend gemacht ist, — auf Antrag einer der Parteien zu einer neuerlichen, sofort anzusetzenden Tagfahrt vorzuladen.

Zugleich ist ein solcher Zeuge auf Antrag des Beweisführers[10]), d. h. dessen, der vorgeladen hat, was u. U. beide Parteien sein können[11]), vom Gerichte oder Richtercommissär durch einen vollstreckbaren Beschluß in die durch die Tagfahrtsvereitlung

---

4) Schriftlich, am leichtesten dadurch, daß der Zeuge seine Erklärung in die Vorladungsurkunde mitaufnehmen läßt, andernfalls persönlich oder durch einen gehörig Bevollmächtigten.

5) Artikel 428, 429, 427 Absatz 1 Pr. O. voce „welche einer rechtsförmlichen Ladung keine Folge leisten."

6) Vgl. Artikel 337 Pr. O.

7) Artikel 216, 217 Pr. O.

8) Artikel 738 Ziffer 1 Pr. O.

9) Artikel 400 und 401 Pr. O.

10) Weder von Amtswegen, noch auf Antrag des Probaten. Abg. Prot. II, 452.

11) Abg. Prot. a. a. O.

und Wiedervorladung beiden Parteien verursachten Kosten zu verurtheilen. Im Falle wiederholten Nichterscheinens ist, wenn die vorbezeichneten Voraussetzungen gegeben sind, der fortgesetzt ungehorsame Zeuge außer der Verfällung in die Kosten dieser und seiner Wiedervorladung zu einer neuen sofort anzuberaumenden Tagfahrt überdies in eine Geldstrafe bis zu 50 fl. zu verurtheilen. War das wiederholte Nichterscheinen ein verschuldetes, so kann das Gericht oder der beauftragte Richter die zwangsweise Vorführung des Zeugen verordnen. Beim Vollzuge der in solchem Fall nöthigen Verhaftung müssen die Vorschriften der Pr. O. über die Personalhaft beobachtet werden [12]). Um die Strafen des wiederholten Nichterscheinens auszusprechen, wird zwar erfordert, daß schon eine vorausgehende Tagfahrt durch Ausbleiben des Zeugen vereitelt, nicht aber, daß deshalb gegen diesen auch eine erste Verurtheilung erfolgt ist.

In keinem Falle kann übrigens der Zeuge wegen Ungehorsams verurtheilt werden, wenn ihm nicht die erwähnten Strafbestimmungen ausdrücklich in der Vorladung bekannt gegeben worden sind [13]). Auch kann er, vom Kostenersatze abgesehen, in eine weitere Entschädigung an den Beweisführer nicht verfällt werden, da er durch seinen Ungehorsam nur eine öffentliche Pflicht verletzt hat [14]).

Das Gesetz bezeichnet endlich den erwähnten Strafbeschluß ausdrücklich als vollstreckbar, weil es einer allgemeinen Bestimmung entbehrt, daß derartige Verfügungen gleich Urtheilen vollstreckbar sind. Die Pr. O. sagt aber nicht, daß dieser Beschluß auch sogleich in der vorgeschriebenen Form ausgefertigt werden solle. Denn zunächst handelt es sich doch nur um die Wiedervorladung des Zeugen. Dieser wird in den meisten Fällen dann erscheinen und sein früheres Ausbleiben als unverschuldet nachweisen. Erst wenn Letzteres nicht geschieht oder der Zeuge wiederholt ausbleibt, scheint die Ausfertigung des Strafbeschlusses am Platz [15]).

3) Gegen eine Verurtheilung steht dem Zeugen kein anderes Rechtsmittel [16]) als der Einspruch zu. Es ist dies eine besondere Art von Opposition, welche nicht mit dem gewöhnlichen Einspruch gegen Versäumungsurtheile [17]) verwechselt werden darf. Die Vorschrift des Artikel 826 der Pr. O. findet deshalb auf ihn keine Anwendung. Wird der Einspruch erhoben, so ist die Verurtheilung zurückzunehmen, wenn der Zeuge nachweist, daß die Ladung nicht in gesetzlicher, ihn zum Erscheinen verpflichtender Weise erfolgte, oder daß er außer Stande war [18]) zu erscheinen [19]).

12) Artikel 427 Absatz 1 und 2 Pr. O.
13) Artikel 427 Absatz 3 Pr. O.
14) Abg. Ref. II, 151.
15) Abg. Prot. II, 214.
16) Insbesondere nicht die Beschwerde nach Artikel 738 Ziffer 2 u. 3 Pr. O.
17) Artikel 309 ff. Pr. O.
18) Nach richterlichem Ermessen.
19) Artikel 430 Absatz 1 Pr. O. Auch wenn eine gänzliche Zurücknahme nicht erfolgt, ist bei nachgewiesenen Milderungsgründen eine Minderung des Strafbetrags nicht ausgeschlossen.

Findet eine spätere Vernehmung des Verurtheilten noch statt, so ist der Einspruch bei Vermeidung des Ausschlusses in der Vernehmungstagfahrt vor dem Gerichte oder beauftragten Richter mündlich zu erheben. Das Gericht bezw. der Richtercommissär hat, jenes in der öffentlichen, dieser in geheimer Sitzung darüber sofort Verhandlung zu pflegen und Entscheidung zu treffen[20]). Die hiebei etwa nicht erschienenen Parteien sind mit ihren bezüglichen Erklärungen ausgeschlossen[21]). Hat ein Richtercommissär zu entscheiden, so kann er nicht blos seinen eigenen früheren Bescheid zurücknehmen[22]), sondern auch den Strafbeschluß desjenigen Commissärs, an dessen Stelle er inzwischen ersetzungsweise ernannt ward. Auch steht gegen den Einspruchsbescheid des beauftragten Richters, wenn hiedurch der Einspruch verworfen wurde, dem Zeugen, wenn dem Einspruche stattgegeben ist, dem Beweisführer weiterer Einspruch an das Proceßgericht zu. Dieser Einspruch ist mittels Gerichtsvollzieheract zu erheben. Die Zustellung an den Gegner muß binnen fünfzehn Tagen von Publication[23]) des angefochtenen Beschlusses an gerechnet, gegebenen Falls mit Erweiterung dieser Frist nach Artikel 209 der Pr. O.[24]) geschehen. Die Zustellung hat zugleich Vorladung des Oppositen in eine auf vorgängiges Ansuchen des Opponenten vom Senatsvorstand zur öffentlichen Verhandlung festgesetzte Sitzung zu enthalten[25]). Ein schriftliches Vorverfahren findet nicht statt. Der Zeuge kann ohne Anwalt in der Sitzung erscheinen und verhandeln[26]). Gegen das vom Gerichte hienach erlassene Urtheil sind Rechtsmittel nicht zuläßig und ebensowenig der gewöhnliche Einspruch[27]), im Falle ein Betheiligter bei der Verhandlung nicht erschienen war[28]); dasselbe gilt, wenn die Zeugenvernehmung vor dem Proceßgerichte stattfindet und der Einspruch des Zeugen sofort vor diesem erhoben und abgeurtheilt wird.

Findet eine spätere Vernehmung des Zeugen nicht statt[29]), weil z. B. der Proceß inzwischen durch Vergleich ꝛc. beendigt oder auf den Zeugen verzichtet ward, so ist der Einspruch, sei er gegen eine Entscheidung des Proceßgerichts oder des beauftragten Richters gerichtet, zum Proceßgerichte zu erheben. Der Verurtheilte hat dem Anwalte des Beweisführers[30]) einen Gerichtsvollzieheract zustellen zu lassen, welcher außer der Erklärung des Ein-

20) Artikel 430 Absatz 2 Pr. O.
21) Artikel 340 Pr. O.
22) Abg. Prot. II, 214.
23) Nicht von der Zustellung. Vergleiche das unter Ziffer 2 a. E. von der Ausfertigung Gesagte.
24) Abg. Ref. II, 151; Abg. Prot. II, 214.
25) Artikel 430 Absatz 4 Pr. O.
26) Artikel 430 Absatz 5 Pr. O.
27) Artikel 309 ff. Pr. O.
28) Artikel 430 Absatz 6 Pr. O.
29) Im Gegensatze zu dem vorher erörterten Falle (Artikel 430 Absatz 2 Pr. O.). In Artikel 430 Absatz 3 wurde deshalb „Vernehmung" statt „Verhandlung" gesetzt, wie es früher hieß. R. Ref. II, 168.
30) Nicht auch des Probaten.

spruchs und der Angabe der Gründe für die Zurücknahme der Verurtheilung Vorladung in eine vom Senatsvorstand auf vorgängiges Ansuchen des Opponenten zur öffentlichen Verhandlung festgesetzte Sitzung enthalten muß [31]). Dieser Einspruch ist bis zur durchgeführten Vollstreckung der anzufechtenden Entscheidung zuläßig [32]). Ein schriftliches Vorverfahren findet auch hier nicht statt und der Zeuge kann ohne Anwalt in der Sitzung erscheinen und verhandeln [33]). Insofern es sich lediglich um Kostenersatz an den Beweisführer handelt, ist die Einspruchsverhandlung auch nur zwischen diesem und dem Zeugen zu pflegen [34]). Hinsichtlich der Rechtsmittel und des gewöhnlichen Einspruchs gegen das ergehende Urtheil gilt das am Ende der a linea 2 Bemerkte.

4) Wird der Antrag einer Partei auf Verurtheilung eines Zeugen im Sinne des Artikel 427 der Pr. O. verworfen, so steht hiegegen der Antragstellerin das Rechtsmittel der Beschwerde nach Artikel 738 Ziffer 2 und 3 Pr. O. zu.

II. Sachverständige, welche die Wahl oder Ernennung angenommen haben, bezw. annehmen müssen [35]), aber der in Folge hievon ihnen obliegenden Verpflichtung zur Ladungsfolge ohne genügende Entschuldigung [36]) nicht nachkommen, können zwar nicht in eine Geldstrafe [37]), aber in die veranlaßten Kosten und selbst zum Ersatze des Schadens verurtheilt werden, welcher durch die in Folge ihres Ungehorsams eingetretene Verzögerung entstanden ist [38]).

Vorausgesetzt wird, daß dem Sachverständigen ein Ungehorsam zur Last fällt, wie in gleichem Falle dem Zeugen. Vgl. §. 333 und 334 Ziffer I. Es gelten hiefür die beim Zeugenbeweise bestehenden Bestimmungen [39]).

Die Verurtheilung erfolgt je nach Umständen durch das Proceßgericht oder den beauftragten Richter. Der Einspruch gegen eine Verurtheilung richtet sich nach Artikel 430 der Pr. O. [40]).

---

31) Vgl. Abg. Prot. II, 214.
32) Artikel 430 Absatz 3 Pr. O.
33) Artikel 430 Absatz 5 Pr. O.
34) Abg. Prot. II, 452.
35) Artikel 436 Pr. O.
36) Nach richterlichem Ermessen.
37) Auch die zwangsweise Vorführung kann nicht angeordnet werden. Statt dessen ist die Wahl oder Ernennung eines andern Sachverständigen vorbehalten.
38) Artikel 441 Pr. O.
39) Abg. Prot. II, 181.
40) Artikel 441 Pr. O.

## V. Capitel.

# Verfahren bei der Tagfahrt zur Beweisaufnahme.

### §. 335 [1]).

Für das Verfahren bei der Beweisaufnahmstagfahrt bestehen theils allgemeine, d. h. den verschiedenen Beweismitteln gemeinsame Normen, theils Sondervorschriften mit Rücksicht auf die individuelle Natur der einzelnen Beweismittel, um deren Erhebung es sich handelt. Zu den ersteren gehören die nachstehenden Bestimmungen.

I. Uebergabe der Parteiacten an den Richter.

Bedarf der beauftragte oder ersuchte [2]) Richter, gleichviel ob dieser ein Mitglied des Proceßgerichts ist oder nicht, zu seiner Information für die Beweiserhebung die Parteiacten, so kann er veranlassen [3]), daß ihm dieselben zur Einsicht vorgelegt, wenn nöthig auch versendet werden z. B. an ein committirtes oder subcommittirtes Einzelngericht. Ins Ausland brauchen die Acten wegen der mit der Sendung verknüpften Gefahr wohl nicht abgegeben zu werden [4]).

Ein förmliches Verfahren hat nicht stattzufinden; die Acten sind von kurzer Hand mündlich oder mit Schreiben zu begehren [5]). Spätestens nach geendigter Beweisaufnahme werden dem Anwalte die Acten durch den Richter oder die Gerichtsschreiberei zurückgestellt.

In der Pfalz ist es üblich, dem Richter zu seiner Vorbereitung die Acten unaufgefordert zu übersenden.

Der Anwalt, der durch die ihm ertheilte Information sowie seine unmittelbare Thätigkeit in der Sache ohnehin genügend informirt ist, kann die Acten auf einige Zeit leicht entbehren. In weitläufigeren und verwickelteren Sachen wird er sich seine besonderen Notizen gemacht haben,

---

1) Quellen zu Artikel 340 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 122—123.
Abg. Prot. II, 162—164, 328, 355.
R. Ref. I. 21.
R. Prot. II, 114.
Quellen zu Artikel 341 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 122—123.
Abg. Prot. II, 161, 182—183, 328—329, 336, 355; IV, 89—90, 134.
R. Ref. I, 21; II, 144.
R. Prot. II, 114; IV, 43. Vgl. Stenogr. B. d. Abg. K. v. J. 1869 Nr. 127 S. 471, 484.
Quellen zu Artikel 342 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 122—124; III, 45.
Abg. Prot. II, 161, 164—165, 329, 355, 451; IV, 90, 134.
R. Ref. I, 21; II, 144.
R. Prot. II, 114; IV, 43.

2) Artikel 55 Absatz 3 Pr. O.

3) Artikel 341 Absatz 2 Pr. O.

4) Vgl. Abg. Prot. II, 182—183.

5) Abg. Prot. IV, 89—90; R. Ref. II, 144.

welche er wie die mit der Partei aufgenommenen Informationsprotokolle stets zurückbehält, weil sie nicht Bestandtheil der Parteiacten sind [6]).

Findet die Beweisaufnahme in der Sitzung statt, so ist eine vorausgängige Mittheilung der Parteiacten an den Vorsitzenden nicht erforderlich.

II. Oeffentlichkeit des Verfahrens.

Werden die Beweise in der Sitzung erhoben, so gelten in Ansehung der Oeffentlichkeit des Verfahrens und ihrer etwaigen Beschränkung die allgemeinen Vorschriften der Artikel 148 und 149 Pr. O. [7]).

Bei der Beweisaufnahme durch einen beauftragten Richter ist das Verfahren nicht öffentlich, d. h. die Oeffentlichkeit ist nicht blos beschränkt (Artikel 149 Pr. O.), sondern für das Publicum ausgeschlossen [8]).

III. Erscheinen der Parteien.

Erscheinen bei der Tagfahrt die Parteien weder persönlich, noch durch einen Gewalthaber, so ist gleichwohl, selbst wenn beide Parteien ausgeblieben sind, zur Beweisaufnahme zu schreiten, soweit es geschehen kann [9]). Letzteres steht im richterlichen Ermessen. Der Augenschein z. B. kann nicht vorgenommen werden, wenn bei Ausbleiben der Partei dessen Gegenstand nicht zweifellos gestellt zu werden vermag [10]).

Findet die Beweiserhebung statt, so tritt gegen die Nichterschienenen der Ausschluß der Handlungen ein, welche ihnen dabei zugestanden hätten d. h. die allgemeine poena contumaciae [11]). Doch gibt es Fälle, in welchen ausnahmsweise diese Folge nicht eintritt. Dahin gehört der Antrag auf Verwerfung eines nicht rite oder rechtzeitig denominirten Zeugen [12]); auch kann eine Partei, welche bei dem Zeugenverhör vor dem beauftragten Richter nicht erscheinen will, sowohl den Antrag auf Verwerfung bestimmter Zeugen, als die Fragen [13]), welche sie dem Zeugen vorgelegt wünscht, schriftlich einreichen.

IV. Vertretung der Parteien.

Findet die Beweisaufnahme in der Sitzung statt, so gelten die allgemeinen Vorschriften [14]). Die Partei kann weder für sich allein auftreten noch durch einen Anderen, als ihren gewählten Anwalt oder dessen Substituten vertreten werden. Alle Anträge und Gegenanträge ꝛc. müssen von diesem gestellt werden [15]). Nur Advocaten in eigner Sache und Fiscale in Sachen des Fiscus können, wenn sie am Sitze des Proceßgerichts wohnen, selbst auftreten.

---

6) Abg. Prot. II, 182—183.
7) Vgl. §. 268.
8) Artikel 341 Absatz 1 Pr. O.
9) Artikel 340 Pr. O.
10) Vgl. auch hannöv. Prot 2114—2121. Bei Schwurtagfahrten kann die Eidesabnahme stattfinden, auch wenn der Gegner des Schwurpflichtigen nicht erschienen ist.
11) Artitel 215 Absatz 1 und 2 Pr. O.
12) Artikel 412 Absatz 1 i. f. Vgl. §. 331.
13) Artikel 421 Pr. O.
14) Artikel 79 Pr. O.
15) Abg. Prot. II, 161.

Anders, wenn die Beweisaufnahme durch einen beauftragten Richter geschieht [16].

1) Die persönlich nicht erschienene Partei kann durch ihren Anwalt vertreten werden, auch wenn dieser außerhalb des Gerichtssprengels seiner Anstellung zu fungiren hat. In größeren und complicirteren Sachen wäre eine anderweite Vertretung der Partei fast nutzlos, da ihr Anwalt der allein vollständig informirte sein wird [17].

Sie kann sich aber auch durch andere inländische Advocaten vertreten lassen, selbst wenn diese zur anwaltschaftlichen Praxis nicht zugelassen und weder am Sitze des Proceßgerichts, noch im Sprengel desjenigen Gerichts angestellt sind, wo die Beweisaufnahme stattfindet [18]. Die Gründe für die Localisirung treffen hier nicht zu, weil die Vornahme einer einzelnen Proceßhandlung und nicht eine Handlung der Proceßinstruction in Frage ist [19].

Die Vertretung einer persönlich nicht erschienenen Partei durch Nichtadvocaten ist unstatthaft.

2) Ist die Partei persönlich erschienen, so kann sie allein, ohne Anwalt, Advocaten oder Beistand auftreten. Advocatenzwang wollte hier nicht statuirt werden [20].

Sie kann aber auch mit ihrem Anwalt, einem beliebigen Advocaten des Inlands oder mit irgend einer andern, hiezu im Allgemeinen befähigten Person [21] erscheinen. Es ist kein Grund denkbar, eine Partei, die allein handeln darf, in der Zuziehung von Hilfspersonen auf Advocaten zu beschränken. Hiemit ist dem an dritten Orte beschäftigten Anwalt ermöglicht, die Partei zur Beweisaufnahme von einer mit der Proceßführung schon vertrauten Person, einem seiner Hilfsarbeiter begleiten zu lassen, ein Fall, der bei beschäftigten Anwälten nicht selten sein wird [22].

Erscheint übrigens die Partei mit ihrem Anwalt, so kömmt letzterer stets als deren Vertreter in Betracht, erscheint sie mit einem anderen Advocaten, der vom Anwalte als solchem nicht substituirt ist, so kann sie diesen nach Wahl als Beistand oder Vertreter fungiren lassen, erscheint sie mit einer sonstigen Hilfsperson, so kann letztere immer nur als Beistand handeln [23].

V. Incidentstreitigkeiten.

Anstände und Streitigkeiten, welche bei der Beweisaufnahme entstehen, sind im Interesse eines geregelten Fortgangs der letzteren thunlichst sofort zu verhandeln und zu entscheiden.

Findet die Beweiserhebung in der Sitzung statt, so hat dies keine Schwierigkeiten.

---

16) Artikel 341 Pr. O.
17) Abg. Ref. II, 123.
18) Einen Vollmachtsnachweis braucht der Advocat nicht. Vgl. Artikel 89 Pr. O. und §. 139.
19) Abg. Prot. II, 161—162.
20) Abg. Prot. a. a. O.
21) Artikel 78 Pr. O.
22) Abg. Prot. II, 328—329.
23) Abg. Prot. II, 328—329, 336.

Geschieht aber die Beweisaufnahme durch einen beauftragten Richter, so gestaltet sich die Sache weniger einfach.

Zwar hat die sofortige Erledigung der Streitigkeiten durch diesen keinen Anstand, insofern ihm ausnahmsweise die Ermächtigung zur Entscheidung, zur Anwendung von Zwangsmaßregeln u. s. w. durch besondere Verfügung des Gesetzes ertheilt ist z. B. in Fällen der Artikel 427, 430 der Pr. O., bei der provisorischen Zulassung von Fragen, welche an Zeugen gestellt werden. Argum. Artikel 420 Absatz 2 Pr. O.

Für die Regel aber kömmt dem beauftragten Richter eine solche Ermächtigung nicht zu. Auch ist dieselbe, wo sie ausnahmsweise besteht, hinwieder mehrfach beschränkt [24]), so namentlich, was die Anwendung von Zwangsmaßregeln betrifft [25]). Zur Verhandlung und Entscheidung ist das Proceßgericht berufen. In allen diesen Fällen hat

1) der beauftragte Richter nur die Erklärungen, welche die Parteien über die von ihnen erhobenen Streitigkeiten oder von Amtswegen attendirten Anstände abgaben bezw. daß solche Erklärungen verweigert oder nicht abgegeben wurden, zum Protokolle zu constatiren und den Incidentpunct zur Verhandlung an das Proceßgericht zu verweisen. Mit der Beweisaufnahme darf er nur soweit fortfahren, als es Gesetz und Umstände gestatten und ein wesentlicher Nachtheil daraus nicht entstehen kann [26]). Hierauf beschränkt sich seine Thätigkeit und es ist nun

2) Sache der Parteien, die Verhandlung und Entscheidung in Frage beim Proceßgericht zu betreiben.

Kann die Verhandlung des Incidentpuncts nicht bis zur nächsten Verhandlung in der Hauptsache ausgesetzt bleiben, weil die Fortsetzung der Beweisaufnahme von der betreffenden Entscheidung abhängig ist, so hat eine besondere Incidentverhandlung vor dem Proceßgericht stattzufinden. Das bezügliche Verfahren bewegt sich auf der in den Artikeln 259 und 485 der Pr. O. enthaltenen Grundlage. Die Sitzung ist auf schriftliches Ansuchen der betreibenden Partei [27]) durch den Gerichtsvorstand, bei Gerichten mit ständiger Senatseintheilung durch den Senatsvorstand anzuberaumen. Die bezügliche Verfügung wird auf die Eingabe gesetzt und in Urschrift durch die Gerichtsschreiberei dem Gesuchsteller behändigt. Dieser hat solche behufs Kundmachung der Tagfahrt unverzüglich der Gegenpartei mit der Aufforderung zum Erscheinen in der festgesetzten Sitzung zustellen zu lassen. Ein schriftliches Vorverfahren durch Zustellung motivirter Anträge ist nicht geboten. In der Sitzung wird wie gewöhnlich verhandelt. Der etwa im aburtheilenden Senat befindliche Richtercommissär hat hiebei keine besondere Function, wie Vortrag über die Sache ꝛc. Schriftliche Anträge sind zu hinterlegen. Die hierauf erlassene Ent-

24) Z. B. in Artikel 425 Absatz 1 Pr. O.
25) Artikel 342 Absatz 1 Pr. O.
26) Artikel 342 Absatz 2 Pr. O.
27) Der beauftragte Richter hat die Festsetzung der Sitzung auch dann nicht zu veranlassen, wenn er Mitglied des betreffenden Senats ist und die Beweisaufnahme am Sitze des Proceßgerichts stattgefunden hat.

scheidung ist nur dann ein mit Einspruch anfechtbares Versäumungsurtheil, wenn die in der Sitzung unvertretene Partei auch bei der Beweisaufnahmstagfahrt abwesend bezw. unvertreten war; war sie aber bei der Beweisaufnahme anwesend oder vertreten und hat dort ihre Erklärung abgegeben oder doch abgeben können, so ist das Urtheil ein contradictorisches [28]).

Kann die Verhandlung des Incidentpuncts bis zur nächsten Verhandlung in der Hauptsache ausgesetzt bleiben, weil hiedurch die Fortsetzung der Beweisaufnahme keine Unterbrechung erleidet, so wird der Zwischenstreit nach allgemeinen Grundsätzen mit der Hauptsache verhandelt und entschieden. Die in diesem Fall mit dem Urtheil in der Hauptsache verbundene Entscheidung über den Incidentpunct trägt den rechtlichen Charakter des Urtheils in der Hauptsache. Ist dieses contradictorisch, so ist es auch jene. Ist dieses für eine der Parteien, weil bei der Sitzung unvertreten, ein Versäumungsurtheil, so ist auch jene Entscheidung durch die genannte Partei unter den Voraussetzungen des Artikel 346 der Pr. O. mit Einspruch anfechtbar, gleichviel ob sie bei der Beweisaufnahme gegenwärtig oder vertreten war oder nicht, ob sie dort gehandelt hat oder nicht [29]).

VI. Vorlage der Beweisaufnahmsacten an das Proceßgericht.

Hat die Beweisaufnahme in der Sitzung stattgefunden und sind hierüber Protokolle erwachsen (Zeugen- [30]), Sachverständigen- [31]) Verhör-, Augenscheins-Protokolle [32]), so liegen diese ohnehin dem Proceßgerichte vor und werden auf dessen Gerichtsschreiberei verwahrt.

Wurde der Beweis durch einen beauftragten Richter erhoben, so sind alle [33]) auf die gepflogenen Verhandlungen erwachsenen Actenproducte von dem sie einstweilen verwahrenden Gerichtsschreiber in Urschrift [34]) an die Gerichtsschreiberei des Proceßgerichts, dessen Eigenthum sie sind, zur definitiven Verwahrung ꝛc. abzugeben [35]).

## §. 336 [1]).

I. Das Zeugenverhör, geschehe es in oder außerhalb der Sitzung, wird damit eingeleitet, daß der Vorsitzende oder beauftragte Richter zunächst die

28) Artikel 342 Absatz 3 Pr. O.
29) Abg. Prot. II, 165.
30) Artikel 419 Pr. O.
31) Artikel 443 Absatz 2 Pr. O.
32) Artikel 398 Absatz 4 Pr. O.
33) Nicht etwa blos die Verhörs-, Augenscheins-, Sachverständigen-Einweisungsprotokolle und Gutachten.
34) Abg. Prot. IV, 89—90.
35) Artikel 341 Absatz 2 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 416 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 153—154.
Abg. Prot. II, 216—217, 341, 342, 364.
R. Ref. I, 24.
R. Prot. II, 221.

versammelten Zeugen gemeinsam zu wahrheitsgetreuer Aussage ermahnt, sie auf den zu leistenden Zeugeneid hinweist und auf eine ihrer Persönlichkeit angemessene d. h. auch dem Mindestgebildeten derselben verständliche Weise über die Bedeutung des Eides und die Folgen des Meineides belehrt, endlich sie mit Ausnahme des erst zu vernehmenden in das Zeugenzimmer, bei Verhören außerhalb des Gerichtslocals an einen sonst geeigneten Ort abtreten läßt[3]), von wo sie einzeln zur Beeidigung und Vernehmung vorgerufen werden[4]).

II. Ist die Zeit zur Abhör eines Zeugen gekommen und dieser auf Vorruf erschienen, so hat er vor Allem, auch seiner Vernehmung ad generalia vorgängig den Zeugeneid zu schwören.

Der Gesetzgeber geht von der Erwägung aus, der im Voraus beeidigte Zeuge werde sich unter dem Eindruck des abgeleisteten Eides vor falschen und lückenhaften Angaben sorgfältiger wahren und vom Richter bei allen=

---

Quellen zu Artikel 417 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 153—154.
Abg. Prot. II, 216—217, 341, 342, 364.
R. Ref. I, 24.
R. Prot. II, 221.

Quellen zu Artikel 418 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 153—154; III, 51.
Abg. Prot. II, 216—217, 246—247, 341—342, 364; IV, 97, 142.
R. Ref. I, 24, 88—89.
R. Prot. II, 221—222.

Quellen zu Artikel 419 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 154—155; III, 51.
Abg. Prot. II, 217—218, 219. 220, 342, 364; IV, 97. 142.
R. Ref. I, 24—25, 89; II, 165.
R. Prot. II, 222—224; IV, 57.

Quellen zu Artikel 420 Pr. O.:
Abg. Ref II, 154—155; III, 51.
Abg. Prot. II, 218—220, 342, 364; IV, 97, 99. 143.
R. Ref. I, 25; II, 165.
R. Prot. II, 224; IV, 57.

Quellen zu Artikel 421 Pr. O.:
Abg. Ref. II. 149, 157; III, 51.
Abg. Prot. II, 212, 226, 342, 364; IV, 97, 143.
R. Ref. I, 25; II, 165.
R. Prot. II, 224; IV, 57.

Quellen zu Artikel 422 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 154—155.
Abg. Prot. II, 220—221, 342, 364.
R. Ref. I, 25.
R. Prot. II, 224.

Quellen zu Artikel 423 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 158.
Abg. Prot. II, 233—235, 342, 364—365; IV, 97.
R. Ref. I, 25.
R. Prot. II, 224.

2) Es ist nicht vorgeschrieben, die betreffenden Artikel des Strafgesetzbuchs zu verlesen.

3) Artikel 416 Pr. O. Vgl. Abg. Ref. II, 154; Abg. Prot. II, 341.

4) Artikel 417 Absatz 1 Pr. O.

falls wahrgenommenem Zögern und Schwanken leichter durch eine Erinnerung an jenen Eid zur correcten Aussage geführt werden können, während er sich, wenn er einmal unrichtig oder mangelhaft deponirt hat, nur schwer entschließen werde, hinterher, wenn es zur Eidesleistung kömmt, das früher Angegebene zurückzunehmen oder zu ergänzen [5]).

Der Eid ist dahin zu leisten:

„daß der Zeuge über den Gegenstand, worüber er vernommen „wird, seine volle Wissenschaft angeben und wissentlich weder etwas Wahres verschweigen noch etwas Unwahres einmischen „werde" [6]).

Der Zeuge spricht aber nicht diese ganze Formel Wort für Wort nach, sondern nachdem jene vorgelesen, lediglich die bekräftigenden Worte:

„So wahr mir Gott helfe" [7]).

Eine andere Form der Eidesleistung gibt es nicht, weder für fürstliche Personen, noch für Siegelmäßige, Beamte als solche (Erinnerung an den Diensteid), Bekenner der jüdischen Religion u. s. w. Der §. 13 der achten Beilage zur Verfassungsurkunde (blose Unterzeichnung der Eidesformel durch Siegelmäßige) ist durch das Grundlagengesetz vom 4. Juni 1848 in Verbindung mit Artikel 417 Absatz 2 der Pr. O. aufgehoben [8]). Auch der durch eigene Formalitäten ausgezeichnete sg. Judeneid ist beseitigt. Allerdings wäre denkbar, daß eine neue Religionsgesellschaft ihren Mitgliedern zwar die Eidesleistung gestattete, aber doch nur unter bestimmten Formen. Die Pr. O. trifft nach dieser Richtung keine Vorsorge, weil zur Zeit ihrer Erlassung kein Anlaß hiezu vorlag [9]).

Von der Regel, wornach jeder Zeuge den Eid in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zu leisten hat, bestehen Ausnahmen.

1) Gehört der Zeuge einem religiösen Bekenntnisse an, welches die förmliche Eidesleistung nicht gestattet (nicht etwa blos die gestattete Eidesleistung unter besonderen Formen verlangt, ein Fall, der vorher erwähnt ist), so tritt an deren Stelle eine dem Bekenntniß des Zeugen entsprechende, in der hergebrachten Form abzugebende Betheuerung. Eine solche Betheuerung steht dem Eide gleich [10]).

2) Unbeeidigt werden vernommen Personen unter 16 Jahren, weil erst mit Erreichung dieses Alters die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit eintritt [11]), Taubstumme [12]), weil ihnen eine genügende Ein=

---

5) Abg. Ref. II, 153. Vgl. hannöv. Prot. 2199—2200, 2206—2209.

6) Artikel 417 Absatz 2 Pr. O.

7) Abg. Ref. II, 153.

8) Das unter Beobachtung der verfassungsmäßigen Formen (Tit. X §. 7 Verf. Urk.) erlassene Grundlagengesetz bestimmt, daß mit dem Inslebentreten des Notariatsgesetzes und der neuen Pr. O. die Siegelmäßigkeit als Vorrecht aufzuhören habe. Artikel 417 Absatz 2 der Pr. O. enthält hiezu nur eine Vollzugsvorschrift und brauchte deshalb nicht unter den vorbezeichneten Formen erlassen zu werden. Dies wurde auch bei Berathung der bezüglichen Vollzugsbestimmung im Notariatsgesetze (Artikel 150) anerkannt. Abg. Prot. II, 216.

9) Abg. Ref. II, 154; Abg. Prot. II, 217.

10) Artikel 417 Absatz 3 Pr. O.

11) Auch der Parteieneid kann Personen unter 16 Jahren weder zugeschoben noch auferlegt werden. Artikel 451 Pr. O.

12) Personen, die nur taub oder nur stumm sind, werden beeidigt.

sicht in die Bedeutung des Eides nicht zuzutrauen ist, ferner solche, welchen nach den Strafgesetzen die Fähigkeit zur Ableistung eines Zeugeneides entzogen ist[13]), also den zur Todesstrafe Verurtheilten, den zur Zuchthausstrafe Verurtheilten auf die Dauer ihrer Strafzeit[14]), den wegen Meineids Verurtheilten auf immer[15]), vorausgesetzt in allen diesen Fällen, daß das Urtheil die Rechtskraft beschritten hat und der Zeuge nicht wieder rehabilitirt wurde[16]). Die hier genannten Personen sind also nicht untüchtige Zeugen; sie werden, wenn auch unbeeidigt und ohne Abgabe irgend einer Betheuerung, vernommen. Aus der Vorschrift, daß jeder Zeuge zu beeidigen sei (Artikel 417 Pr. O.), folgt nicht, daß die in Artikel 418 bezeichneten Personen keine Zeugen sein können[17]).

Andere Ausnahmen kennt übrigens das Gesetz nicht. Insbesondere kann durch Uebereinkunft der Parteien der Zeugeneid weder erlassen noch in eine Betheuerung umgewandelt werden[18])

III. Die Vernehmung der Zeugen findet

1) in deutscher Sprache, mündlich und in directem Verkehr des Vorsitzenden oder beauftragten Richters mit den Zeugen statt.

Ausnahmen von dieser Regel ergeben sich bei tauben, stummen, taubstummen und solchen Zeugen, welche der deutschen Sprache nicht kundig sind. Hier finden die bezüglichen allgemeinen Vorschriften der Artikel 161 Absatz 3, Artikel 162 und 163 der Pr. O. Anwendung[19]). Der Regierungsentwurf[20]) enthielt in Ansehung der letztgenannten Personen die Sonderbestimmung, daß von den Parteien auf die Zuziehung eines Dolmetschers verzichtet werden könne, wenn sie selbst und alle Gerichtspersonen einschließlich des Gerichtsschreibers und Staatsanwalts der Sprache des Zeugen mächtig sind. Diese Vorschrift wurde aber gestrichen, weil man die allgemeinen Bestimmungen als genügend betrachtete und glaubte, daß sich in dem erwähnten wohl seltenen Falle praktisch keine Schwierigkeiten ergeben würden[21]). Ist bei einer auswärtigen Zeugenvernehmung ein Dollmetscher beizuziehen, so geschieht die Ernennung und Beeidigung des letzteren durch den beauftragten Richter[22]).

2) Die Vernehmung beginnt mit den allgemeinen Fragen über des Zeugen Vor- und Familiennamen, Alter, Stand oder Gewerbe und Wohnort, seine allenfallsigen Verwandtschafts-, Schwägerschafts- und sonstigen Verhältnisse zu den Parteien und seine etwaige Betheiligung bei dem Ausgang der Sache[23]). (Identität des Zeugen, Glaubwürdigkeit seiner Aussagen, generalia).

---

13) Artikel 418 Pr. O.
14) Artikel 31 des Strf. G. B.
15) Artikel 192 des Strf. G. B. Vgl. noch Artikel 258 des Strf. G. B. für die Geltendmachung von Privatansprüchen beim Strafrichter.
16) Ges. v. 10. Juli 1861.
17) Abg. Prot. II, 225; R. Ref. I, 88, 89; R. Prot. II, 221—222.
18) Abg. Prot. II, 217.
19) Vgl. §. 255.
10) Artikel 398 Absatz 3.
21) Abg. Ref. II, 155; Abg. Prot. II, 220.
22) Artikel 163 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 220.
23) Artikel 419 Absatz 1 Pr. O.

3) Hierauf sind dem Zeugen in freier Rede die zu beweisenden Thatsachen zu eröffnen und, soweit es für den Zweck nothwendig erscheint, zu erläutern [24]). Dies kann um so kürzer geschehen, als der Zeuge bereits mit seiner Ladung entsprechend verständigt sein muß [25]). Eine gemeinsame Verständigung aller versammelten Zeugen über den Inhalt des Beweisurtheils durch Verlesung des letzteren u. s. w. gelegentlich der Ermahnung zur Wahrheitsangabe [26]) schreibt das Gesetz nicht vor. Man betrachtete sie neben der besonderen Verständigung jedes einzelnen Zeugen unmittelbar vorgängig seiner Vernehmung als unnöthig, für sich allein aber als ungenügend. Der Richter muß sich nach der Individualität des Zeugen richten und letzterem muß Gelegenheit gegeben sein, weitere Aufklärung zu erlangen, welche durch eine gemeinsame Belehrung aller Zeugen nicht erspart werden könnte [27]).

Nach erfolgter Verständigung ist der Zeuge zu einer ununterbrochenen, zusammenhängenden Erzählung dessen, was ihm über den Gegenstand bekannt ist, zu veranlassen [28]). (Vernehmung ad specialia).

Nach Beendigung der Erzählung hat der Vorsitzende oder beauftragte Richter [29]) die zur Aufklärung und Vervollständigung der Aussage oder zur Erforschung des Grundes der Wissenschaft des Zeugen etwa noch erforderlichen Fragen an denselben zu stellen [30]).

Auch die Parteien [31]), deren Beistände und Gewalthaber haben das Fragerecht [32]), gleichviel ob das Verhör in oder außerhalb der Sitzung stattfindet. Ersteren Falls haben auch die übrigen Mitglieder des aburtheilenden Senats das Fragerecht. Das Fragerecht kann mittelbar ausgeübt werden, indem die genannten Personen den Vorsitzenden bezw. den Commissär ersuchen, dem Zeugen diejenigen Fragen vorzulegen, welche sie zur Aufklärung der Sache für dienlich erachten, — oder unmittelbar, indem sie mit Erlaubniß des Vorsitzenden ꝛc. ihre Fragen direct an den Zeugen richten [33]).

Zweifel über die Zuläßigkeit einer Frage entscheidet stets das Proceßgericht. Geschieht die Vernehmung durch einen beauftragten Richter, so muß dessen Weigerung eine gestellte Frage zuzulassen, gleichviel ob er sich hiezu von Amtswegen [34]) oder auf Parteiantrag oder auf Antrag des Zeugen veranlaßt findet, auf Begehren unter wörtlicher Anführung der Frage im Protokolle vorgemerkt werden. Die Entscheidung durch das Gericht erfolgt bei

24) Artikel 419 Absatz 2 Pr. O.
25) Artikel 409 Absatz 2 Pr. O.
26) Artikel 420 Pr. O.
27) Abg. Prot. II, 217.
28) Artikel 419 Absatz 2 Pr. O.
29) Vgl. §. 226.
30) Artikel 419 Absatz 3 Pr. O.
31) Weil sie auch persönlich und allein erscheinen können.
32) Wie gegenüber der Gegenpartei (Artikel 154 Pr. O.) und im Strafprocesse.
33) Artikel 420 Absatz 1 Pr. O.
34) Abg. Prot. II, 218—219.

der späteren Verhandlung über die Hauptsache. (Artikel 344 Pr. O.) Erklärt dieses die Weigerung für unstatthaft, so ist die weitere Vernehmung des Zeugen (durch förmliches Interlocut) anzuordnen[35]). Um dies zu ersparen, wird der beauftragte Richter nur in ganz klaren Fällen die Zulassung gestellter Fragen zu verweigern haben, vielmehr dieselben mindestens provisorisch gestatten, wenn die Sache zweifelhaft ist. Findet die Vernehmung in der Sitzung statt, so entscheidet das Gericht sofort. Es macht auch hier keinen Unterschied, ob die Zulässigkeit einer Fragestellung vom Gegner oder von dem Zeugen bestritten oder vom Vorsitzenden verneint wird[36]). Wird der Fragestellung stattgegeben, so erfolgt die Entscheidung formlos und ist nicht ins Urtheilsbuch einzutragen. Andernfalls ist der ins Urtheilsbuch einzutragende Beschluß möglichst kurz zu fassen; eine Protokollirung des Vorgangs greift nicht Platz, weil die Anwälte ohnehin schriftliche Anträge stellen und ihre Rechte wahren können.

Um übrigens Kosten zu ersparen, ist den Parteien, welche einem Zeugenverhör vor dem beauftragten Richter nicht beiwohnen wollen, gestattet, die dem Zeugen ihrerseits vorzulegenden Fragen schriftlich einzureichen. Der Richter hat von solchen Eingaben der erschienenen Gegenpartei Kenntniß zu geben, auf die eingereichten Fragen aber in der Vernehmung nur soweit Rücksicht zu nehmen, als er es für angemessen erachtet[37]).

Hat derselbe Zeuge über verschiedene, von einander unabhängige Thatsachen auszusagen, so wird es zweckmäßig sein, das Verhör über eine weitere solche Thatsache erst zu beginnen, wenn des Zeugen Vernehmung über die andere vollständig beendigt ist.

4) Die abgehörten Zeugen haben bei der Vernehmung der folgenden und bis zur Beendigung des ganzen Zeugenverhörs im Sitzungssaale oder Commissionszimmer gegenwärtig zu bleiben zu dem Zweck, damit ihre Vernehmung wieder aufgenommen werden kann, wenn die inzwischen weiter gepflogenen Verhöre es angemessen erscheinen lassen. Widersprechen sich einzelne Zeugen, so müssen sie wiederholt befragt und einander gegenüber gestellt werden (Confrontation)[38]). Sie können wiederholt befragt werden, wenn auch ein solcher Widerspruch nicht, aber ein sonstiger Anlaß hiezu gegeben ist. Es ist diese ausgedehnte Befugniß des Richters dem Genfer Proceßrechte entnommen. Sie entspricht dem Bestreben, dem materiellen Rechte das Uebergewicht über das formale zu sichern. Um beim Zeugenverhöre die Wahrheit gründlich zu erforschen, soll der Richter die verschiedenen Aussagen controliren, sowie jedem Zeugen Gelegenheit und Anlaß zur Berichtigung und Ergänzung bieten, wenn dieser etwa bei der ersten Vernehmung Fragen über thatsächliche Verhältnisse irrig aufgefaßt, seine Antworten unrichtig ausge-

35) Artikel 420 Absatz 2 Pr. O.
36) Abg. Prot. II, 218—219.
37) Artikel 421 Pr. O.
38) Artikel 422 Absatz 1 u. 2 Pr. O.

drückt hat oder falsch verstanden wurde [39]). Eine solche weitere Vernehmung oder Gegenüberstellung kann als ein Ausfluß des Fragerechts der Parteien auch von diesen beantragt werden. Weigert sich der beauftragte Richter, hierauf einzugehen, so ist über Begehren und Weigerung im Protokoll Urkunde zu ertheilen. Die spätere Entscheidung dieses Punctes erfolgt durch das Proceßgericht (Artikel 344), welches wie im Falle der Nichtzulassung einer gestellten Frage (Artikel 320 Absatz 2) [40]) das Geeignete zu verordnen hat [41]).

Ausnahmsweise kann das Gericht oder der beauftragte Richter die einstweilige Entfernung eines Zeugen auf dessen Antrag aus erheblichen Gründen gestatten, selbst von Amtswegen die Zeugen entlassen, wenn nach Sachlage deren weitere Anwesenheit von ihm für entbehrlich erachtet wird [42]).

IV. Die Parteien, ihre Beistände und Gewalthaber dürfen keinen Zeugen unterbrechen, an keinen ohne erhaltene Bewilligung unmittelbare Fragen richten, keinem Beleidigungen zufügen. Gegen Zuwiderhandlungen in dieser Richtung wie gegen sonstige Störungen und Ungebührlichkeiten beim Verhöre finden die allgemeinen Bestimmungen über die Sitzungspolizei Anwendung. Artikel 151 Absatz 3—8 und Artikel 153 Pr. O. [43]).

Hienach kann, wenn ein Advocat sich solcher Ungebühr schuldig macht, auch das Zeugenverhör nicht unter Wegweisung desselben fortgesetzt, sondern nur die Verlegung der Tagfahrt auf seine Kosten beschlossen werden. Hiegegen steht dem Advocaten Beschwerde zu. Obsieglichen Falles wird er von Tragung der betreffenden Kosten frei, welche dann dem in der Hauptsache unterliegenden Theil zur Last gehen. Denn der reformirte Ausspruch des Gerichts oder beauftragten Richters mochte wohl irrig sein, war aber immer eine pflichtmäßige Handlung [44]).

V. Beurkundung der Zeugenaussagen [45]).

1) Die Aussage der Zeugen ist bei der Beweisaufnahme durch beauftragte Richter immer, und wenn das Zeugenverhör in der Sitzung geschieht, in der Regel zu Protokoll zu beurkunden. Diese Vorschrift ist von besonderer Bedeutung, weil Zeugenverhöre nur ausnahmsweise an Commissäre übertragen werden sollen, während unsere Pr. O. ein Sitzungsprotokoll nicht kennt und wenigstens in den diesrheinischen Landestheilen der Zeugenbeweis unbeschränkt zugelassen ist.

Das Protokoll hat der Gerichtsschreiber unter Aufsicht des Vorsitzenden oder beauftragten Richters zu führen. Der Richter braucht es nicht gerade zu dictiren, hat aber dessen Führung und Inhalt, insbesondere zu controliren, daß alles Relevante und nur Relevan-

39) Abg. Prot. II, 220—221, 342.
40) Abg. Prot. II, 220.
41) Artikel 422 Absatz 3 Pr. O.
42) Artikel 422 Absatz 1 Pr. O.
43) Artikel 420 Absatz 1 und 3 Pr. O. Vgl. §. 227.
44) Abg. Prot. II, 219—220.
45) Vgl. Abg. Ref. II, 154; Abg. Prot. II, 217—218, 233—235; IV, 97, 175; R. Ref. XXIV—XXV und LXXXIX; R. Prot. II, 223—224. Code de procéd. Artikel 39 und 411. Hannöv. Prot. 2203—2206, 2215—2234.

tes protokollirt werde, sowie daß das Niedergeschriebene richtig aufgefaßt und nicht falsch wiedergegeben sei. Die Niederschreibung hat sich zwar auf den wesentlichen Inhalt der Aussage zu beschränken. Doch können die Parteien und ihre Gewalthaber geeigneten Falls die Aufnahme der eigenen Worte des Zeugen in das Protokoll verlangen [46]). Im Uebrigen muß das Protokoll den allgemeinen Erfordernissen [47]) genügen.

2) Ausnahmsweise kann durch förmlichen nach Artikel 281 der Pr. O. in's Urtheilsbuch einzutragenden Gerichtsbeschluß von der Protokollirung des in der Sitzung gepflogenen Zeugenverhörs abgesehen werden, wenn nach Sachlage die Nothwendigkeit späterer Benützung protokollirter Aussagen durch das Proceß- oder Berufungsgericht sich jetzt schon bestimmt verneinen läßt. Diese Voraussetzung soll als gegeben angenommen werden,

„wenn die Verhandlung über das Beweisergebniß in der nämlichen oder in einer der nächstfolgenden Sitzungen stattfinden kann, das zu erlassende Urtheil der Berufung nicht unterliegt und auch sonst keine Bedenken bestehen" [48]).

Unter der nächstfolgenden ist eine zeitlich so nah liegende zu verstehen, daß bis dahin der Eindruck der Zeugenaussagen noch frisch im Gedächtnisse haften kann. Dies wäre wohl nicht anzunehmen, wenn noch ein am Erscheinen verhinderter Zeuge inzwischen nachträglich, vielleicht auswärts oder im Ausland abzuhören ist.

Bei Berufungsverhandlungen kann die Appellabilität des Urtheils niemals in Frage kommen. Ist bei erstinstanziellen Zeugenverhören die Unzulässigkeit sowohl einer selbständigen als einer unselbständigen Berufung nicht ganz zweifellos, zur Zeit noch nicht zu bemessen ꝛc., so muß die Protokollirung stattfinden. Dasselbe gilt, wenn ein Anwalt gegen die Ansicht des Gerichtes die Zulässigkeit der Berufung behauptet und die Protokollirung verlangt, es sei denn dessen Vorbringen offenbar frivol. Die etwa im Beschlusse des Proceßgerichts ausgesprochene Ansicht über die Unzulässigkeit der Berufung ist weder für den Oberrichter noch die Parteien maßgebend. Das Berufungsgericht kann die wiederholte Zeugenvernehmung wegen unterlassener Protokollirung anordnen und ist dann an die thatsächlichen Constatirungen über das Ergebniß des Zeugenverhörs im angefochtenen Urtheil nicht gebunden.

Auf die Möglichkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde ist keine Rücksicht zu nehmen, weil es sich bei Verbescheidung einer solchen nicht wohl um dasjenige handeln kann, was ein Zeuge bekundet hat [49]).

Sonstige Bedenken gegen die Unterlassung der Protokollirung können sich daraus ergeben, daß Umfang und Verwickeltheit des bezüglichen Materials den Gerichtsmitgliedern unmöglich oder schwer macht, alle Details auch nur auf kürzere Zeit im Gedächtniß zu behalten, daß die Besetzung des Senats sich für die Verhandlung

46) Artikel 419 Absatz 4 Pr. O.
47) Artikel 166—168 Pr. O. Vgl. §. 258.
48) Artikel 419 Absatz 5 Pr. O.
49) Abg. Prot. II, 218.

ändern kann, daß ein bis jetzt als irrelevant betrachtetes Moment bei der Beweisschlußverhandlung wieder aufgegriffen und als erheblich erachtet eine weitere Beweisinstruction veranlassen kann [50]) u. s. w.

Ueberhaupt soll von der erwähnten Befugniß des Gerichts nur mit der höchsten Vorsicht Gebrauch gemacht, weniger auf den Buchstaben des Gesetzes als die Natur der concreten Verhältnisse gesehen werden.

Ist aber vom Gerichte die Nichtprotokollirung beschlossen, so hat die Constatirung über das Ergebniß der Zeugenaussagen im thatsächlichen Theil der Entscheidungsgründe ihre Stelle zu finden.

VI. Wiederholtes Verhör.

Daß ein bereits vernommener Zeuge in der Vernehmungstagfahrt vor dem Schlusse des gesammten Verhörs wiederholt befragt und weiter vernommen werden kann, ohne daß es hiezu einer Anordnung durch Gerichtsbeschluß bedarf, wurde unter Ziffer III, 4 schon erwähnt. Unter Umständen kann aber selbst nach geschlossenem Gesammtzeugenverhör die wiederholte Vernehmung einzelner bereits vor dem beauftragten Richter oder in der Sitzung vernommener Zeugen angeordnet werden [51]). Eine solche Anordnung kann nur ergehen:

1) wenn und solange die Sache in der betreffenden Instanz noch nicht abgeurtheilt ist, vorbehaltlich des Falles der Wiederaufnahme des Verfahrens. In der zweiten Instanz kann blos deswegen, damit auch diese den Zeugen persönlich höre, die Wiederholung eines erstinstanziellen Verhörs nicht verlangt werden [52]).

2) Nur durch einen förmlichen Beschluß des Proceßgerichts kann die Anordnung getroffen werden, gleichviel ob das vorhergehende Verhör durch den beauftragten Richter oder in der Sitzung stattgefunden hat. Ersterer hat wohl während des Verhörs das unbedingte Fragerecht, das Recht der weiteren Vernehmung und Confrontation, nicht aber die Befugniß selbständiger Wiederholung des geschlossenen Verhörs.

Der Beschluß hat die Natur eines interlocutorischen Urtheils, das auf die Beweisschlußverhandlung ergeht. (Artikel 344 Pr. O.) Derselbe hat zugleich über die Art und Weise des wiederholten Verhörs Bestimmung zu treffen, insbesondere, ob dieses in der Sitzung oder durch einen Commissär vorgenommen werden soll u. s. w.

Hat das bezeichnete Verhör stattgefunden, so muß das ganze Verfahren auf Einleitung der Schlußverhandlung wiederholt werden [53]).

3) Die Wiederholung des Verhörs kann von Amtswegen angeordnet werden, wenn das Proceßgericht im gepflogenen Zeugenverhör Verstöße gegen die gesetzliche Ordnung oder inhaltliche Unvollständigkeiten, Unbestimmtheiten und Zweideutigkeiten wahrnimmt oder bei

50) Ein Umstand, worauf zeitig aufmerksam zu machen der betheiligte Anwalt nicht unterlassen soll.
51) Artikel 423 Pr. O.
52) Abg. Prot. IV, 175.
53) Artikel 344 Pr. O.

der Aburtheilung die Nothwendigkeit einer Confrontation oder Ergänzung der Vernehmungen erkennt, weil vielleicht jetzt ein Punct erheblich erscheint, auf den früher geringerer Werth gelegt wurde [54]), — oder auf Verlangen eines Zeugen, der hinterher erscheint und seine Aussage abändern, berichtigen, ergänzen will, weil er mißverstanden worden sein, sich genirt haben, einen Meineid zurücknehmen will 2c. — oder auf Antrag einer Partei, welche vorbringt, daß ein Zeuge aus den vorbezeichneten Gründen seine Aussage zu ihren Gunsten ändern wolle.

Hieraus ergibt sich, daß diese der französischen Gesetzgebung fremde, aber zum Schutze des materiellen Rechts und im Interesse der Humanität getroffene Vorschrift auch zur Chikane, zur Verschleppung, zu nachträglichen Einwirkungen der Parteien auf die Zeugen 2c. mißbraucht werden und namhafte Kostenvermehrung verursachen kann. Deshalb ist die Zulassung wiederholten Verhörs in das proceßrichterliche Ermessen gelegt. Argum. voce „so kann das Gericht u. s. w.“ Keine Partei und kein Zeuge kann das Gericht hiezu nöthigen. Liegt bereits eine präcise, klare Deposition vor, ist dies an sich weder von den Parteien noch von dem Zeugen bestritten und es will gleichwohl eine vollkommen veränderte Aussage abgegeben werden, ohne daß das Unterlaufen eines Irrthums 2c. irgend wahrscheinlich gemacht ist, so kann das Gericht den Antrag abweisen. Nicht minder steht im richterlichen Ermessen, ob und welchen Glauben eine auf dem bezeichneten Weg wirklich geänderte Zeugenaussage verdient.

Wurde die Wiederholung des Verhörs durch grobes Verschulden des beweisaufnehmenden Richters veranlaßt, so haftet dieser den Parteien nach allgemeinen Grundsätzen für Schadensersatz (Syndicatsklage). Ein leichtes Versehen berechtigt nicht zur Forderung des Kostenersatzes. Jedenfalls darf einem Richter, was er in seinem Beruf nach pflichtmäßigem Ermessen gethan, nicht zum Nachtheile gereichen, mag auch ein Anderer bei späterer Prüfung der Sache zu einem anderen Resultate gelangen. Die Einschreitung der Disciplinarbehörde ist immer vorbehalten. Das Proceßgericht als solches aber ist niemals befugt, in dem Urtheil auf Wiederholung des Verhörs zugleich den betreffenden Richter in die bezüglichen Kosten zu verfällen oder einen Disciplinarausspruch zu erlassen. Denn abgesehen davon, daß dem Proceßgericht oft die Disciplinargewalt überhaupt nicht zustehen wird, weil z. B. der beauftragte Richter einem anderen Sprengel angehört, ist unter allen Umständen der aburtheilende Senat nicht die Disciplinarbehörde [55]).

## §. 337 [1]).

I. Ist mit Erhebung des Sachverständigenbeweises ein Richter beauf-

54) Abg. Prot. II, 234.
55) Abg. Prot. II, 233—235; IV, 97.
1) Quellen zu Artikel 443 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 130—131; III, 53.

tragt, so beschränkt sich entweder das Commissorium auf die Einweisung der Sachverständigen (Artikel 447 Pr. O.) oder es ist ausgedehnt auf die Einweisung der Experten und die Erhebung des Gutachtens (Artikel 438 Absatz 2, Artikel 444, 445 Pr. O.).

1) Hat der Commissär lediglich die Einweisung der Sachverständigen in ihr Geschäft vorzunehmen, so besteht

a) die Aufgabe des Richters bei der Einweisungstagfahrt, mit welcher der etwa nöthige gerichtliche Augenschein zu verbinden ist, darin, die Experten unter Behändigung des bezüglichen, die Fragen an sie enthaltenden Urtheils und der erforderlichen Actenstücke z. B. Zeugenprotokolle, Befundberichte über den Gegenstand ihrer Untersuchung und Begutachtung ähnlich wie bei der Zeugenvernehmung [2]) jedoch gemeinsam zu belehren, sowie zur Untersuchung ꝛc. aufzufordern.

Hiemit endigt die Thätigkeit des beauftragten Richters. Denn die Sachverständigen haben im vorausgesetzten Falle ihr Gutachten mündlich in der Sitzung des Proceßgerichts abzugeben, in welcher sie auch beeidigt werden, wenn sie nicht schon im Allgemeinen für Gutachten der betreffenden Art in Pflicht genommen sind [3]).

b) Die Sachverständigen können unmittelbar nach der Einweisung zur Untersuchung schreiten oder Ort und Zeit zu deren Vornahme festsetzen. Ist die eine oder andere Partei in der Einweisungstagfahrt nicht erschienen, so braucht ihr über die erwähnte Festsetzung keine besondere Zustellung gemacht zu werden [4]). Setzen aber die Experten Zeit und Ort ihrer Untersuchung erst später fest, so müssen sie hievon der betr. Partei rechtzeitig Kenntniß geben.

Bei der Untersuchung können die Parteien den Experten alle zur Aufklärung der Sache dienlichen Nachweisungen und Erklär-

---

Abg. Prot. II, 182, 345, 367; IV, 98, 145.
R. Ref. I, 26; II, 169.
R. Prot. II, 231; IV, 59.

Quellen zu Artikel 444 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 130, 131—132; III, 53.
Abg. Prot. II, 182, 345, 367, 453; IV, 98, 146.
R. Ref. I, 26; II, 170.
R. Prot. II, 231; IV, 59.

Quellen zu Artikel 445 Pr. O:
Abg. Ref. II, 131—132; III, 53.
Abg. Prot. II, 183, 184—185, 345, 367; IV, 98, 146.
R. Ref. I, 26. 92; II, 170.
R. Prot. II, 231; IV, 59.

Quellen zu Artikel 446 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 131—132.
Abg. Prot. II, 183, 184—185, 345, 367.
R. Ref. I, 26.
R. Prot. II, 231.

2) Artikel 419 Absatz 2 Pr. O.
3) Artikel 441 Absatz 1 und Artikel 447 Pr. O.
4) Artikel 444 Absatz 2 und Artikel 447 Pr. O.

ungen geben, sowie Anträge (requisitions) stellen [5]), eine Bestimmung, welche dem Artikel 317 des Code de procéd. nachgebildet und der bezüglichen Vorschrift beim Augenschein (Artikel 398 Absatz 4 Pr. O.) conform ist.

2) Erstreckt sich der Auftrag des Commissärs neben der Einweisung auch auf die Erhebung der Expertengutachten, so hat

a) Der beauftragte Richter bei der Einweisungstagfahrt zunächst dieselbe Aufgabe, welche unter Ziffer 1 Litt. a erwähnt ist.

Außerdem hat er die Sachverständigen, wenn sie nicht schon im Allgemeinen für Begutachtungen der betreffenden Art in Pflicht genommen sind, darauf zu beeidigen:

„daß sie das von ihnen geforderte Gutachten gewissenhaft und „nach bestem Wissen abgeben wollen" [6]).

Von dieser Beeidigung darf auch dann nicht Umgang genommen werden, wenn keine Partei eine solche besonders verlangt oder beide Theile ausdrücklich darauf verzichten wollen [7]).

Endlich hat der Commissär nach Anhörung und unter thunlichster Berücksichtigung der Wünsche der Experten die Frist zur Einreichung des Gutachtens zu bestimmen [8]). Hiernächst

b) haben die Sachverständigen nach den unter Ziffer 1 Litt. b erwähnten Grundsätzen zur Untersuchung zu schreiten [9]). Ein Protokoll ist von ihnen hierüber nicht aufzunehmen [10]). Nach beendigter Untersuchung haben die Experten

c) ihr Gutachten zu berathen und abzugeben. Die Parteien brauchen nicht zugezogen zu werden.

Regel ist die schriftliche Einreichung [11]) des Gutachtens bei der Gerichtsschreiberei desjenigen Gerichts, welchem der Commissär angehört. Das Gutachten hat vor Allem eine kurze Darstellung der vorgenommenen Untersuchung einschließlich ihrer Fixation, sowie die Erklärungen und Anträge der Parteien [12]) zu enthalten (historischer Theil). Hieran schließt sich die bestimmte und klare Beantwortung der aufgestellten Fragen nebst Entwicklung der Gründe [13]). Stimmen die Sachverständigen in ihrem Gutachten nicht überein, so muß dasselbe die verschiedenen Meinungen und deren Begründung angeben und zugleich entnehmen lassen, welcher dieser Meinungen jeder einzelne Sachverständige war. Namentliche Bezeichnung der Dissentienten [14]). Damit

---

5) Artikel 444 Absatz 3 und Artikel 447 Pr. O.
6) Artikel 443 Absatz 1 Pr. O.
7) Abg. Prot. II, 182.
8) Artikel 444 Absatz 1 Pr. O.
9) Artikel 444 Absatz 2 und 3 Pr. O.
10) Vgl. die folgende Littera c.
11) Argum. voce „das nach Artikel 444 einzureichende Gutachten ꝛc." Abg. Prot. II, 184.
12) Auch diese Thätigkeit der Parteien in Wahrung ihrer Interessen soll dem Proceßgerichte bei Würdigung des Gutachtens vollständig constatirt vorliegen, weil sie von besonderer Erheblichkeit sein kann. Abg. Prot. II, 184.
13) Artikel 445 Absatz 1 Pr. O.
14) Artikel 445 Absatz 2 Pr. O.

soll das Gericht in die Lage gesetzt werden, bei Würdigung des Gutachtens nicht blos dieses selbst, sondern auch die Personen der Experten, deren höhere Befähigung, anerkannten Ruf, besonders unparteiische Stellung in Frage mit in Anschlag zu bringen [15]). Jeder Sachverständige kann verlangen, daß seine Meinung wörtlich in das Gutachten aufgenommen werde [16]). Dasselbe ist von einem der Experten abzufassen, von allen zu unterzeichnen. Es muß datirt sein und an die Gerichtsschreiberei übersendet oder von einem der Sachverständigen persönlich übergeben [17]) werden [18]). Daß über die Hinterlegung ein förmlicher Act aufgenommen werden müsse, sagt das Gesetz nicht. Jedenfalls ist der Einlauf vorschriftsmäßig zu präsentiren [19]).

Ausnahmsweise ist für zwei Fälle die Erklärung des Gutachtens zum Protokolle des beauftragten Richters vorgesehen.

Sollte nämlich einer der Sachverständigen des Schreibens bezw. Lesens und Unterzeichnens nicht erfahren sein, oder stimmen die Experten in ihren Ansichten nicht überein und können sich überdies nicht über die Abfassung des Gutachtens einigen: so haben sie sich zusammen zu dem beauftragten Richter zu begeben und dort ihr Gutachten gemeinschaftlich zum Protokoll zu erklären. In solchen Fällen liegt dem Richter ob, durch geeignete Fragen und Anordnungen für die vollständige und erschöpfende Abfassung des Gutachtens Sorge zu tragen [20]).

Wird ferner in minder wichtigen, einfachen, zur sofortigen Gutachtensabgabe geeigneten Sachen mit der Einweisung ein gerichtlicher Augenschein verbunden, so können die Sachverständigen ihr Gutachten, auch wenn sie über dessen Fassung einig und sämmtlich des Schreibens erfahren sind, zum Augenscheinsprotokoll des Commissärs erklären [21]).

Das Protokoll muß in allen Fällen den allgemeinen Erfordernissen eines solchen (Artikel 166—168 Pr. O.) genügen. Der Gerichtsschreiber hat das Protokoll in Gegenwart des die richtige Aufnahme leitenden Commissärs niederzuschreiben [22]). Die Vernehmung der Sachverständigen richtet sich dabei im Allgemeinen nach den über das Zeugenverhör bestehenden Vorschriften [23]);

---

15) Abg. Prot. II, 184—185. Vgl. hannöver Prot. 2329. Ein Grund, in schriftlichen Gutachten bei dissentirenden Votis die Namen der Votanten geheim halten zu lassen, lag um so weniger wor, als die Experten nach Artikel 446 der Pr. O. zur Gutachtenserläuterung in die Sitzung geladen werden können. Das Genfer Proceßrecht stimmt mit dem bayerischen überein, das französische schreibt Anonymität vor.

16) Artikel 445 Absatz 2 Pr. O.

17) Eine Erleichterung im Interesse der Kostenersparung. Abg. Prot II, 184.

18) Artikel 445 Absatz 3 Pr. O.

19) Artikel 214 Pr. O.

20) Artikel 445 Absatz 4 Pr. O.

21) Im Interesse zweckmäßiger Vereinfachung des Verfahrens. Artikel 445 Absatz 5 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 345.

22) Abg. Prot. II, 185.

23) Artikel 443 Absatz 2 Pr. O.

doch hat die Protokollirung nicht für die Erklärung jedes Experten einzeln und gesondert zu geschehen, sondern in der Art gemeinschaftlich, wie die Sachverständigen selbst es abfassen würden, wenn sie dasselbe schriftlich abzugeben hätten.

II. Die Begutachtung in der Sitzung findet bekanntlich in drei Fällen statt: wenn im Beweisurtheil von Ernennung eines beauftragten Richters überhaupt Umgang genommen (arg. Artikel 438 Absatz 2 Pr. O.), — wenn das Commissorium auf die Einweisung der Experten beschränkt (Artikel 447 Pr. O.), — endlich wenn die mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens in der Sitzung angeordnet ist (Artikel 446 Pr. O.).

1) Ist ein Richtercommissär nicht ernannt, der Sachverständigenbeweis sohin nur in der Sitzung zu erheben, so gilt hinsichtlich der Belehrung der Experten in der Tagfahrt über die zu beweisenden Thatsachen und den Gegenstand ihres Gutachtens im Allgemeinen, was der Artikel 419 Absatz 2 der Pr. O. für den Zeugenbeweis vorschreibt [24]).

Auch eine vorgängige Besichtigung und Untersuchung kann im erwähnten Falle vorkommen, wenn die zu besichtigenden und zu untersuchenden Gegenstände in die Sitzung gebracht sind oder die Untersuchung in der Nähe stattfinden kann und mit kurzer Unterbrechung der Sitzung angeordnet wird [25]).

Hinsichtlich der Beeidigung der Sachverständigen gilt das unter Ziffer I, 2 Litt. a Gesagte auch hier [26]).

Im Uebrigen richtet sich die Vorlegung der Fragen an die Experten, die Vernehmung derselben und die Protokollirung ihrer Angaben, soweit nicht die Natur der Sache eine Abweichung bedingt, nach den über die Vernehmung der Zeugen bestehenden Vorschriften [27]).

2) Im Falle des Artikel 447 der Pr. O. gelten hinsichtlich der Belehrung, Beeidigung und Vernehmung der Experten, sowie der Protokollirung des Gutachtens die eben erwähnten Bestimmungen des Artikel 443 Absatz 1 und 2 Pr. O.

3) Hat das Proceßgericht nach der ihm zustehenden Befugniß die Verhandlung der Sache, bei welcher sich die mündliche Erläuterung des einem Commissär schriftlich oder zu Protokoll abgegebenen Gutachtens [28]) als sachdienlich herausgestellt hat, in eine andere Sitzung vertagt und ist die desbehufs mit verordnete Expertenvorladung von der Partei, welcher die Ladung überhaupt obliegt [29]), vollzogen [30]): so brauchen in der Sitzung, insoweit die Belehrung und Beeidigung der Sachverständigen schon früher stattgefunden hat, auch die Untersuchung schon von ihnen vorgenommen ist, diese Handlungen nicht

---

24) Artikel 443 Absatz 2 Pr. O.
25) Vgl. §. 323 Ziffer II, 2.
26) Artikel 443 Absatz 1 Pr. O. Vgl. hannöv. Prot. 2361—2365.
27) Artikel 443 Absatz 2 Pr. O. Auch wenn Sachverständige der deutschen Sprache nicht mächtig sind ꝛc., gelten die Vorschriften über die Zeugenvernehmung.
28) Artikel 445 Pr. O.
29) Abg. Prot. II, 185.
30) Artikel 446 Pr. O.

wiederholt zu werden. Es genügt die Rückerinnerung an den geleisteten Eid. Hinsichtlich der Vernehmung der Experten und der Protokollirung des Gutachtens gelten, soweit nicht die Natur der Sache eine Abweichung bedingt, die Vorschriften über Zeugenvernehmung [31]).

## §. 338 [1]).

I. Ist der im Beweisurtheil angeordnete [2]) **Augenschein durch einen beauftragten Richter oder zwar durch das Proceßgericht, aber außerhalb der Sitzung vorzunehmen**, so hat bei der Tagfahrt im letzteren Fall der Vorsitzende, außerdem [3]) der Commissär zunächst die Parteien über die streitigen Puncte zu vernehmen [4]).

Hierauf ist die Fertigung oder Berichtigung der zur Versinnlichung der Localitäten oder des Streitgegenstandes etwa nöthigen Grundriße und Zeichnungen zu bethätigen. Sind solche, was im Ermessen der Parteien steht, von einer oder beiden Parteien, gesondert oder gemeinschaftlich vorgelegt, so sind sie von dem Vorsitzenden oder beauftragten Richter mit dem Gegenstande des Augenscheins zu vergleichen und gegebenen Falls zu berichtigen [5]). Letzteres ist der vernünftigen Handhabung des Richters anheimgegeben; ist der vorgelegte Plan von bedeutendem Werth, vielleicht nicht einmal Eigenthum der Parteien, so soll derselbe, wenn der Zweck irgend anders zu erreichen, nicht durch Correcturen beschädigt werden [6]). Ist keine oder keine brauchbare Zeichnung vorgelegt, eine solche aber zum Verständnisse nöthig, so hat der Vorsitzende oder beauftragte Richter, falls Sachverständige zugezogen sind, durch diese eine Zeichnung anfertigen zu lassen, andernfalls eine solche selbst zu fertigen oder damit einen von ihm zu ernennenden Sachverständigen zu beauftragen [7]). Wo nöthig oder nützlich, kann er die photographische Aufnahme bethätigen lassen.

Werden Sachverständige zu dem Augenscheine beigezogen oder ist mit diesem ein Zeugenverhör zu verbinden, so hat der Vorsitzende oder beauftragte Richter die Sachverständigen und Zeugen auf die Gegenstände der Untersuchung und Vernehmung aufmerksam zu machen [8]); die technische Leitung der Untersuchung steht ihm nicht zu [9]). Etwaige Uebersehen des

---

31) Artikel 443 Absatz 2 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 398 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 127—128; III, 49.
Abg. Prot. II, 178, 336, 337, 361–362; IV, 95, 98, 99, 140.
R. Ref. I, 22; II, 159.
R. Prot. II, 172—176; IV, 46.

2) Ueber den Augenschein von kurzer Hand vgl. §. 311.

3) Abg. Prot. II, 178.

4) Artikel 398 Absatz 1 Pr. O. Vorausgesetzt wird natürlich, daß sie erschienen sind. Außerdem kann der Augenschein u. U. gleichwohl vorgenommen werden. Artikel 340 Pr. O. Vgl. §. 335.

5) Artikel 398 Absatz 1 Pr. O.

6) Abg. Prot. II, 178.

7) Artikel 398 Absatz 2 Pr. O.

8) Artikel 398 Absatz 3 Pr. O.

9) Abg. Prot. II, 178.

Richters in dieser Beziehung können selbstverständlich die Parteien ꝛc. berichtigen und ergänzen.

Schließlich ist über den Befund Protokoll zu errichten. Dies hat nicht blos zu geschehen, wenn der Augenschein durch einen Commissär, sondern auch wenn er durch das Proceßgericht vorgenommen wird. Denn die Sache kann späterhin bei demselben Gerichte wiederholt, möglicher Weise vor anderen Richtern zur Verhandlung kommen; auch muß für die Berufungsinstanz vorgesehen werden. Die blose Constatirung im Urtheile genügt nicht, weil den Parteien die Einflußnahme darauf entzogen wäre, während sie doch befugt sind, bei der Augenscheinserhebung Erinnerungen gegen vermeintlich irrige Constatirungen zu erheben[10]. Das Protokoll muß den allgemeinen Erfordernissen entsprechen[11]. Alle theilnehmenden Richter sollen dabei förderlich mitwirken. (Artikel 154 Pr. O.) In das Protokoll sind der Befund, wie die parteilicherseits beim Augenschein abgegebenen Erklärungen und gestellten Anträge auf Constatirung einzelner Puncte z. B. einer Ortsentfernung, der Bodenbeschaffenheit[12] ꝛc. aufzunehmen[13], mag auch dem bezüglichen Antrag nicht stattgegeben sein, — nicht minder endlich die Thätigkeit der etwa zugezogenen Experten ꝛc.[14].

II. Wird der Augenschein in der Sitzung vorgenommen, wenn z. B. ein beweglicher Gegenstand dahin gebracht ist, so sind die so eben erläuterten Grundsätze entsprechend anzuwenden. Ein Augenscheinsprotokoll ist auch in diesem Falle aufzunehmen, so gut wie über andere Beweiserhebungen in der Sitzung z. B. Zeugen- und Experten-Erklärungen Protokoll errichtet werden muß[15].

## VI. Capitel.

## Beweisaufnahmsverfahren bei der Schriftenvergleichung[1].

### §. 339.

Die Eigenthümlichkeit jener Beweisart, welche man unter der Bezeich-

---

10) Abg. Prot. a. a. O.
11) Artikel 166 und 167 Pr. O. Vgl. §. 258.
12) Abg. Prot. II, 178.
13) Artikel 398 Absatz 4 Pr. O.
14) Artikel 445 Pr. O.
15) Abg. Prot. II, 178.

1) Quellen zu Artikel 377 Pr. O. sieh' bei §. 313.
Quellen zu Art. 378 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 140—141.
Abg. Prot. II, 206, 297, 299, 315, 334, 335, 360.
R. Ref. I, 21.
R. Prot. II, 172.
Quellen zu Artikel 379 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 141.
Abg. Prot. II, 206, 297, 299, 315, 335, 360.
R. Ref. I, 21.
R. Prot. II, 172.

nung „Schriftenvergleichung" [2]) begreift, bedingt mehr oder minder Modificationen des gewöhnlichen Beweiserhebungsverfahrens.

Unter Schriftenvergleichung (comparatio litterarum) wird die Vergleichung der Schriftzüge einer im Aechtheitspuncte bestrittenen mit jenen einer unzweifelhaft ächten Urkunde des fraglichen Autors verstanden.

I. Lautet das Interlocut auf Schriftenvergleichung durch das Proceßgericht ohne Zuziehung von Sachverständigen, so ist

1) in der Regel in dem Urtheile [3]) zugleich eine spätere Sitzung zum Zweck der Vorlage entsprechender Vergleichungsschriften und zur Verhandlung hierüber festgesetzt [4]).

Als zur Schriftvergleichung tauglich sind zunächst alle Schriften zu betrachten, welche die Parteien übereinkünftlich als zu diesem Zweck benützbar erklären. Außerdem dürfen [5]) als zur Schriftenvergleichung tauglich nur von der Hand des angeblichen Ausstellers der bestrittenen Urkunde herrührende Schriften oder Unterschriften angenommen werden, welche sich entweder in fehlerfreien [6]) öffentlichen Urkunden befinden, oder deren Aechtheit, wenn es Privaturkunden sind, von der betreffenden Partei in diesem Processe gegenüber dem Beweisführer oder bei einer anderen Gelegenheit gegenüber diesem oder einem Dritten ausdrücklich anerkannt wurde. Ist nur ein Theil der angefochtenen Urkunde bestritten, der übrige aber anerkannt, so kann letzterer zur Schriftenvergleichung benützt werden [7]). Als Vergleichungsschriften nicht benützbar sind jene Privaturkunden, welche gegen den Widerspruch oder auf Nichterscheinen

---

Quellen zu Artikel 380 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 141—142.
Abg. Prot. II, 206, 297, 299, 315, 335, 360; IV, 326, 340.
R. Ref. I, 21; II, 155.
R. Prot. II, 172, 381; IV, 44—45.

Quellen zu Artikel 381 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 141—142.
Abg. Prot. II, 206, 297, 299, 315, 335, 360; IV, 326, 340.
R. Ref. I, 21; II, 155.
R. Prot. II, 172; IV, 45—46.

Quellen zu Artikel 384 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 144—145; III, 48.
Abg. Prot. II, 208, 209, 297, 299, 316, 335, 360, 452; IV, 94.
R. Ref. I, 22, 72; II, 156.
R. Prot. II, 172; IV, 46.

Quellen zu Artikel 385 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 144; III, 48.
Abg. Prot. II, 208, 297, 299—300, 316, 335, 360; IV, 94, 139.
R. Ref. I, 22; II, 156—157.
R. Prot. II, 172; IV, 46.

Vgl. hannöv. Prot. 2592—2610, 2615—2619.

2) Vgl. §§. 182, 187, 313, 318, 323, 324.
3) Welches in Gemäßheit der allgemeinen Bestimmungen dem Probaten zuzustellen ist. Vgl. Artikel 331 Absatz 1 Pr. O. und §. 326.
4) Vgl. §. 323 Ziffer II, 4.
5) Unbeschadet der Bestimmung des Artikel 378 Absatz 2 Pr. O.
6) Vgl. Artikel 368 Pr. O. und §. 249.
7) Artikel 379 Pr. O.

der betreffenden Partei in contumaciam sofort oder nach durchgeführtem Beweisverfahren durch richterliches Urtheil für anerkannt oder ächt erklärt worden sind [8]).

Sache desjenigen, der den Aechtheitsbeweis zu führen hat, ist es, taugliche Vergleichungsschriften herbeizuschaffen. Eine Beweisführung über deren Tauglichkeit ist unstatthaft. Dagegen kann der Beweisführer, wenn ihm hinlängliche Vergleichungsschriften mangeln, begehren, daß die Partei, deren Schrift oder Unterschrift zu prüfen ist, einen ihr zu dictirenden Aufsatz zur Vergleichung niederschreibe [9]). Auch von dem Dritten, welcher die zu prüfende Urkunde geschrieben oder unterschrieben haben soll, kann der Beweisführer Erklärung über die Vergleichungsurkunden und das Niederschreiben eines Aufsatzes behufs der Schriftenvergleichung verlangen [10]). In beiden Fällen braucht nicht erst das Gericht auf diese Verpflichtung des Probaten oder Dritten zu erkennen. Der Beweisführer hat darauf ein unmittelbares gesetzliches Recht.

Ueber die Vorladung zur betreffenden Sitzung, das Erscheinen und Verhandeln dabei ist Nachstehendes zu bemerken:

a) Vorladung der Gegenpartei und des Dritten.

Schon nach allgemeinen Grundsätzen ist der Gegenpartei die Sitzung zur Schriftenvergleichung kund zu machen [11]). Macht der Beweisführer von dem Rechte Gebrauch, durch die Gegenpartei eine Vergleichungsschrift niederschreiben zu lassen [12]), so hat er dieselbe zum persönlichen Erscheinen in der zur Vorlage der Vergleichungsschriften bestimmten Sitzung vorzuladen [13]) und dasselbe gilt, wenn vom Gerichte das persönliche Erscheinen der Gegenpartei zur Aufklärung der Sache [14]) auf Antrag des Beweisführers oder von Amtswegen [15]) verfügt ist [16]). Gleichviel ob es sich um eine Ladung im Sinne der Artikel 339, 380 oder des Artikel 378 mit 155 der Pr. O. handelt, geschieht dieselbe durch eine die entsprechende Aufforderung enthaltende Zustellung an deren Anwalt als Zustellungsbevollmächtigten seiner Partei [17]), welche durch ihn von der betreffenden Sitzung geeignet zu verständigen ist. Die Partei hat in Fällen des Artikel 378 Absatz 3 und Artikel 380 bei gegebenen Voraussetzungen das Recht auf Fristerweiterung nach Artikel 209 der Pr. O. [18]). Selbstverständlich findet gegebenen Falls auch Artikel 211 Anwendung.

Macht der Beweisführer von dem Rechte Gebrauch, eine Ver=

---

8) Abg. Prot. II, 206.
9) Artikel 380 Absatz 1 Pr. O.
10) Artikel 381 Absatz 1 Pr. O. Vgl. Artikel 73.
11) Artikel 331 und 339 Pr. O.
12) Artikel 380 Absatz 1 Pr. O.
13) Artikel 380 Absatz 2 Pr. O.
14) Nach Artikel 155 Pr. O.
15) Artikel 378 Absatz 3 Pr. O.
16) Abg. Prot. II, 315. Dies kann schon im Beweisurtheile, aber auch erst bei der Sitzung mit Vertagung der letzteren geschehen.
17) Artikel 192, 339 Pr. O. Abg. Ref. II, 78—79; Abg. Prot. I, 262. Vgl. §. 228.
18) Artikel 209 Absatz 5 Pr. O.

gleichungsschrift durch einen Dritten niederschreiben zu lassen [19]), so hat er diesen zu der für die Vorlage der Vergleichungsschriften bestimmten Sitzung zu laden [20]). Die Ladung geschieht durch Gerichtsvollzieheract. Sie bildet eine eigene Art von Beiladung, welche wie eine Zeugenladung behandelt wird [21]). Der Geladene hat gegebenen Falls das Recht auf Fristerweiterung nach Artikel 209 der Pr. O.

b) Verhandlung in der Sitzung.

In der zur Schriftenvergleichung bestimmten Sitzung hat der Beweisführer zu erscheinen und [22]) die Vergleichungsschriften vorzulegen [23]), letzteres auch in dem Falle, wenn von diesen im betreffenden Proceß schon anderweit Gebrauch gemacht worden ist [24]), widrigenfalls er mit der Vorlage bezw. dem Beweis durch Schriftenvergleichung ausgeschlossen ist [25]). Der Ausschluß ist nach allgemeinen Bestimmungen mit Ablauf der Tagfahrtszeit verwirkt [26]). Eine Nachholung der Vorlage bei der späteren Schlußverhandlung ist unstatthaft [27]).

Die rechtsförmlich vorgeladene Gegenpartei verwirkt im Falle Ausbleibens nicht etwa blos den allgemeinen Rechtsnachtheil des Ausschlusses mit den sie treffenden Handlungen (Artikel 340 Pr. O.), sondern je nach Gestalt der Sache das Präjudiz anzunehmender Anerkennung der Vergleichungsschriften oder der strittigen Beweisurkunde selbst.

Handelt es sich bei der Sitzung um die Vorlage von Vergleichungsschriften durch den Beweisführer, so gelten diese, wenn die Gegenpartei hiebei nicht erscheint, als anerkannt [28]), mag dieses Präjudiz auch in der Ladung nicht ausdrücklich angedroht sein. Der Rechtsnachtheil tritt beim Nichterscheinen ipso facto ein, und ohne daß es hierüber eines besonderen richterlichen Ausspruchs bedürfte [29]); er ist aber als verwirkt nur zu betrachten, wenn der Anwalt der Gegenpartei ausgeblieben ist, weil dieser in der Sitzung der nothwendige Vertreter der Partei ist. War neben dem Anwalt auch die Gegenpartei in Person nach Artikel 155 mit Artikel 378 Absatz 3 der Pr. O. zur Prüfung der Vergleichungsschriften und Vernehmung geladen, so ist, wenn letztere nicht, wohl aber der erstere erscheint und die Nichtanerkennung der Vergleichungsschriften erklärt, das Präjudiz der Anerkennung der Ver-

19) Artikel 381 Pr. O.
20) Artikel 381 Absatz 1 Pr. O.
21) Artikel 381 Absatz 2 Pr. O.
22) Vorausgesetzt, daß dieselbe nicht (nach allgemeinen Grundsätzen) vertagt wird.
23) Artikel 378 Absatz 1 Pr. O.
24) Abg. Prot. II, 334.
25) Artikel 340 Pr. O. Abg. Ref. II, 141.
Ist lediglich durch die Gegenpartei eine Vergleichungsschrift niederzuschreiben und diese Partei erschienen, so hat die Niederschreibung trotz Nichterscheinens des Beweisführers zu geschehen.
26) Artikel 207, 215 Pr. O. Vgl. §. 270.
27) Abg. Prot. II, 334.
28) Artikel 378 Absatz 2 Pr. O.
29) Abg. Ref. II, 141.

gleichungsschriften nach Artikel 378 Absatz 2 nicht absolut verwirkt. Vielmehr findet Artikel 156 der Pr. O. Anwendung, wonach es im richterlichen Ermessen steht, die Folgen des persönlichen Nichterscheinens der Partei zu bestimmen [30]). Gegen die durch Versäumung herbeigeführte Annahme der Anerkennung (Artikel 378 Absatz 2) steht der ausgebliebenen Partei kein Einspruch (Artikel 309), sondern nur restitutio contra lapsum termini (Artikel 216, 217) zu. Denn ein solches Einspruchsrecht ist wohl dem Beklagten eingeräumt, wenn in der Verhandlung, bei welcher er nicht erschien, eine Urkunde gegen ihn mitvorgelegt wurde (Artikel 297 und 301 der Pr. O.); aber es steht ihm nicht zu im Falle Nichterscheinens bei einzelnen Beweishandlungen [31]).

Handelt es sich in der Sitzung um Niederschreibung einer Vergleichungsschrift durch die Gegenpartei, so ist, wenn der Anwalt derselben ausbleibt, gleichviel ob diese persönlich erschienen ist oder nicht, und ebenso wenn der Anwalt zwar erschienen, dessen Partei aber ohne genügende Entschuldigung ausgeblieben ist, das schwere Präjudiz der Anerkennung der strittigen Beweisurkunde selbst verwirkt [32]). Doch wird vorausgesetzt, daß in der Vorladung der Zweck derselben (Niederschreibung der Vergleichungsschrift) angegeben und auf den fraglichen Rechtsnachtheil besonders aufmerksam gemacht wurde. Ist dies unterblieben, so kann das Präjudiz als verwirkt nicht betrachtet werden [33]). Allerdings ist auch hier der Einspruch wegen des Versäumnisses ausgeschlossen. Doch ist die ungehorsame Partei nicht auf die rest. c. l. t. (Artikel 216 und 217) beschränkt, kann vielmehr ihre Entschuldigungsgründe noch bei der Schlußverhandlung und, wenn letztere selbst eine Versäumungsverhandlung war und mit einem Ungehorsamsurtheil endigte, nach hiegegen erhobenem Einspruch bei der Verhandlung über diesen nachtragen. Es liegt hier ein ähnliches Verhältniß vor, wie im Falle des Artikel 465 Absatz 3 der Pr. O.

Bleibt der nach Artikel 381 der Pr. O. vorgeladene Dritte in der Sitzung aus oder verweigert er die Niederschreibung des Aufsatzes, so kommen gegen ihn die wider ungehorsame Zeugen gegebenen Vorschriften und Zwangsmittel (Artikel 427—430 Pr. O.) zur analogen Anwendung [34]).

Der Staatsanwalt kann an allen Verhandlungen über den Beweis der Aechtheit oder Fälschung einer Urkunde [35]) in der Sitzung [36]) sich betheiligen [37]). Der Vorsitzende hat davon, daß eine Verhandlung dieser Art in Frage sei, den Staatsanwalt ge-

30) Abg. Prot. II, 206. Vgl. §. 228.
31) Abg. Prot. II, 206. Der Artikel 370 Absatz 3 Pr. O. setzt die Gegenwart des Producten bezw. seines Anwalts voraus.
32) Artitel 380 Absatz 3 Pr. O.
33) Abg. Prot. II, 315.
34) Artikel 381 Absatz 2 Pr. O.
35) Nicht den Verhandlungen über Urkundenbeweis schlechthin.
36) Nicht vor dem beauftragten Richter.
37) Artikel 384 Absatz 1 Pr. O. Vgl. §. 28.

eignet vorher in Kenntniß setzen zu lassen [38]). Der Grund ist, weil in keinem Falle das öffentliche Interesse mehr berührt wird, als bei Verhandlungen über die Aechtheit von Urkunden, wo der Verdacht der Verübung eines Verbrechens nahe liegt [39]). Die Art der Betheiligung des Staatsanwalts an der Verhandlung wird durch die über dessen Zuständigkeit aufgestellten allgemeinen Vorschriften bestimmt [40]). Namentlich kann der Staatsanwalt die Einleitung strafrechtlicher Untersuchung beantragen, vorbehaltlich der richterlichen Zuständigkeit, diesen Antrag zu würdigen [41]). Die Verpflichtung, sich in solchen Fällen zu betheiligen, kann dem Staatsanwalte im Wege der Dienstesinstruction auferlegt werden; eine Vorbedingung der Urtheilsfällung aber bildet es nicht, daß der zur Sitzung eingeladene Staatsanwalt auch erschienen ist und von seinem Vortragsrecht Gebrauch gemacht hat [42]).

2) Ausnahmsweise kann ein Theil des Verfahrens, nämlich das Niederschreibenlassen einer Vergleichungsschrift, unter gewissen Voraussetzungen einem beauftragten Richter zugewiesen werden. Die betreffenden beiden Fälle sind in Artikel 380 Absatz 4 und Artikel 381 Absatz 1 der Pr. O. bezeichnet.

Die Uebertragung kann schon im Beweisurtheil angeordnet sein. Vgl. §. 323 Ziffer II, 4 Litt. b. Treten aber die Gründe der Uebertragung erst später ein, so hat der Beweisführer im Wege eines Zwischenantrags oder doch in der zur Vorlage der Vergleichungsschriften festgesetzten Sitzung die bezügliche Anordnung durch das Proceßgericht nachträglich zu erwirken. Ob nun die Uebertragung mittels des Beweis- oder mittels Separaturtheils geschieht, hat der beauftragte Richter gleich dem Proceßgerichte die Befugniß, auf Anregung des Beweisführers oder von Amtswegen das persönliche Erscheinen der Gegenpartei, wo dies nicht schon zur Niederschreibung der Vergleichungsschrift stattzufinden hat, zum Zweck der Aufklärung der Sache durch persönliche Vernehmung anzuordnen [43]).

Bezüglich der Zustellung des betreffenden Urtheils und der Ladung zu der nach allgemeinen Grundsätzen nachzusuchenden und festzusetzenden Tagfahrt finden die unter Ziffer 1 erläuterten Vorschriften entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt im Allgemeinen bezüglich des Erscheinens in der Tagfahrt. Nur ist zu beachten, daß die Vertretung der Parteien vor dem beauftragten Richter frei ist, daß dieselben sohin persönlich mit oder ohne Beistand erscheinen oder durch ihren Anwalt oder einen sonstigen Advocaten ꝛc. vertreten werden können. Der Staatsanwalt ist nicht befugt der Tagfahrt beizuwohnen. Er kann von den

---

38) Abg. Prot. II, 208.
39) Abg. Ref. II, 144—145; Abg. Prot. II, 208—209.
40) Vgl. §. 28.
41) Abg. Prot. II, 335.
42) R. Ref. II, 156.
43) Artikel 378 Absatz 3 Pr. O. mit Artikel 155.

erwachsenen Acten Einsicht nehmen und später seine Ansicht dem Gerichte vortragen. (Vgl. Abg. Prot. II, 208—209.)

Ein durch Ungehorsam vor dem beauftragten Richter verwirktes Präjudiz kann nicht von diesem realisirt werden; vielmehr ist der bezügliche Ausspruch wie die Entscheidung über sonstige Anstände und Streitigkeiten nach allgemeinen Grundsätzen dem Proceßgerichte vorbehalten [44]).

Da endlich dem beauftragten Richter nur die Herstellung der Vergleichungsschrift übertragen ist, so versteht sich von selbst, daß, sobald dies geschehen, für die Schriftenvergleichung selbst weitere Sitzung des Proceßgerichts im gewöhnlichen Wege zu erwirken ist.

II. Hat das Gericht die Zuziehung von Sachverständigen angeordnet (§. 323 Ziffer II, 4 Litt. b), so finden in Ansehung des Beweiserhebungsverfahrens, insbesondere der Urtheilszustellung, der Festsetzung der Beweisaufnahmstagfahrt, der Kundmachung an die Gegenpartei, der Vorladung der Sachverständigen und der Abhaltung der Tagfahrt im Allgemeinen die Vorschriften über den Beweis durch Sachverständige Anwendung [45]).

In der zur Schriftenvergleichung bestimmten Sitzung, falls aber die Beweiserhebung einem beauftragten Richter übertragen ist, in der Einweisungstagfahrt sind von dem Beweisführer die Vergleichungsschriften vorzulegen [46]). Die Bestimmungen der Artikel 379—381 der Pr. O. über die erforderlichen Eigenschaften der Vergleichungsschriften und ihre Herbeischaffung (vgl. Ziffer I) finden entsprechende Anwendung [47]). Der etwa ernannte Richtercommissär hat auch hier die Befugniß, das persönliche Erscheinen der Gegenpartei zur Vernehmung in der zur Vorlage der Vergleichungsschriften bestimmten Tagfahrt anzuordnen [48]). Die bereits erläuterten Vorschriften über das Erscheinen in der Tagfahrt und die Folgen des Ungehorsams sind entsprechend anzuwenden. Ueber die Probkraft des Gutachtens der Sachverständigen vgl. Artikel 382 der Pr. O. und §. 250.

III. Auch wenn die Beweiserhebung in Frage ganz oder theilweise (Ziffer I, 2 und II) von einem beauftragten Richter gepflogen wurde, hat das Proceßgericht in der Sitzung die Schriften selbst genau zu prüfen und zu vergleichen. In diesem wie in dem Falle, wo das Proceßgericht ohne Ernennung eines Commissärs die Beweisaufnahme vollständig in der Sitzung vorgenommen hat, ist es seine Pflicht, das in der Sitzung gewonnene Material auf Grund der dort erholten Information bei Berathung seiner Entscheidung einer weiteren eingehenden Prüfung, insbesondere in der Richt-

---

44) Vgl. §. 335.

45) Artikel 377 Pr. O.

46) Artikel 378 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Ref. II, 141. Ueber die Betheiligung des Staatsanwalts sieh' oben. Abg. Prot. II, 208—209.

47) Tritt der Fall des Artikel 380 Absatz 4 bei der Gegenpartei oder dem beizuladenden Dritten vor dem beauftragten Richter ein, so hat meines Erachtens dieser die gleiche Befugniß in Bezug auf die Wahl von Ort und Zeit der Tagfahrt, Subdelegation ꝛc. wie sie dort dem Proceßgerichte eingeräumt ist. Dafür sprechen die Natur der Sache wie die allgemeinen Bestimmungen. Vgl. auch Artikel 378 Absatz 3 und Artikel 407 Pr. O. und Artikel 381 Absatz 2.

48) Artikel 378 Absatz 3 mit Artikel 155 Pr. O.

ung fortzusetzen, ob taugliche und hinreichende Vergleichungsschriften vorgelegt sind, ob es sich etwa auch jetzt noch die alleinige Entscheidung ohne Sachverständige zutraut u. s. w. [49]).

Gewinnt das Gericht die Ueberzeugung, daß der Schriftenvergleichungsbeweis ganz mißlungen sei, so spricht es dies im Urtheil aus und läßt den allenfalls deferirten Haupteid zu. (Artikel 383 Pr. O.) Hält es diesen Beweis für gelungen, so ist beim Vorliegen weiterer entsprechender Behelfe die bestrittene Urkunde für ächt zu erklären, in Ermanglung solcher Behelfe der Erfüllungseid aufzuerlegen [50]). Erachtet sich das Gericht nicht mehr in der Lage ohne Sachverständige zu entscheiden, so ist auf Beiziehung solcher interlocutorisch zu sprechen.

Ergibt das Verfahren Anzeigen einer strafbaren Fälschung, so ist die Sache von Amtswegen zur strafrechtlichen Untersuchung zu verweisen. Das Verfahren ist in solchen Fällen bis zur Erledigung der Untersuchung einzustellen, soferne und soweit die Entscheidung des Civilprocesses von der Frage bedingt ist, ob eine Fälschung vorliege, also soferne nicht der Beweisführer auf die Benützung der Urkunde verzichtet oder das Gericht sich überzeugt, daß es deren zur Erweisung des Anspruchs nicht bedarf, oder daß die Urkunde jedenfalls nicht würde beachtet werden können [51]).

Eine Partei, welche muthwilliger Weise die Aechtheit einer Privaturkunde abgeläugnet oder eine öffentliche Urkunde als falsch angefochten hat, kann durch das Urtheil, welches die Aechtheit der Urkunde in Folge der darüber stattgehabten Beweisführung ausspricht, in eine Geldstrafe bis zu hundert Gulden verurtheilt werden [52]). Um diese (öffentliche) Strafe zu verhängen, wird also vorausgesetzt:

1) daß entweder von der betr. Partei eine öffentliche Urkunde als falsch angefochten wurde, sei es mit der Behauptung ursprünglich fälschlicher Anfertigung oder späterer Alterirung einer ächt angefertigten Urkunde [53]) oder einer fälschlichen Bekundung irgend eines Umstandes in einer ächten Urkunde [54]); oder daß die Aechtheit einer Privaturkunde abgeläugnet wurde, gleichviel ob schon die ursprüngliche Unächtheit oder spätere Alterirung der Urkunde behauptet ward und wen die Beweislast in Folge der Abläugnung traf [55]). Allerdings kann die Fassung des Artikels 385 in dieser Richtung eine gelungene nicht genannt werden; dem Geiste und der Absicht des Gesetzes entspricht aber obige Auslegung. Die Pr. O. spricht allgemein und hat hier nicht jene Unterschiede im Auge, welche in anderer Beziehung an den Wortausdruck „ächt, falsch, Fälschung ꝛc.“ geknüpft sind. Auch ist es ohne Belang für die Verhängung der Strafe, ob, wenn die Anfechtung der Urkunde begründet wäre, zu-

---

49) Abg. Prot. II, 206.

50) Erachtet das Gericht die Erbringung weiterer zur Zeit fehlender Behelfe für möglich und sind solche angeboten, so kann u. U. auf deren Beibringung erkannt werden.

51) Artikel 384 Absatz 2 Pr. O. Diese Bestimmung unterscheidet sich durch ihre imperative Fassung von jener des Artikel 191.

52) Artikel 385 Pr. O.

53) Abg. Prot. II, 316.

54) Vgl. §. 182.

55) Artikel 373 Absatz 2 Pr. O.

gleich der Thatbestand einer öffentlich strafbaren Fälschung vorläge oder nicht z. B. nur ein Irrthum unterlief. Vorausgesetzt wird ferner

2) daß in Folge jener Anfechtung ein Beweisverfahren über die Aechtheit oder Falschheit eingeleitet werden mußte [56]). Daß das Beweisverfahren auch vollkommen durchgeführt wurde, bezw. daß der Anfechtende bis dahin auf seiner Behauptung blieb, ist nicht erforderlich. Die Strafe kann verhängt werden, auch wenn die Anfechtung später zurückgenommen wurde. Die Worte „durch das Urtheil, welches u. s. w." in Artikel 385 dürfen nicht in einem die Natur der Sache verletzenden, engen, formalen Sinn verstanden werden.

3) Die Bestreitung muß eine muthwillige sein.

Eine solche ist stets gegeben, wenn die Anfechtung gegen besseres eignes Wissen des Producten geschieht, also überall, wo die Urkunde von ihm selbst herrührt [57]) oder mit herrührt [58]), es müßte denn ein ganz besonderer Umstand, wie Gedächtnißschwäche ꝛc. ihn entschuldigen. Rührt die angefochtene Urkunde nicht vom Producten her, sondern von einem Dritten, so kann immerhin Muthwille gegeben sein, wenn die betreffende Partei sonst gute Kenntniß von der Grundlosigkeit ihrer Annahme haben mußte [59]).

Besteht die Partei, von welcher die Anfechtung ausgeht, aus mehreren Personen, so ist die Strafe von jeder dieser Personen verwirkt und gegen jede selbständig auszusprechen. Geht die Anfechtung von einem gesetzlichen Vertreter aus, so ist dieser, nicht die Partei in die Strafe zu verfällen. Denn die Strafe setzt Schuld voraus; der gesetzliche Vertreter aber erscheint in Beziehung auf solche persönliche Thätigkeit als die Partei (Artikel 60 Pr. O.). Eine Verurtheilung der von ihm vertretenen Partei mit Regreßvorbehalt wäre wegen der eventuellen Umwandlung der Geld- in Arreststrafe unstatthaft.

Uebrigens ist das Gericht auch bei gegebenen Voraussetzungen nur berechtigt, nicht genöthigt die Strafe zu verhängen [60]).

Unabhängig davon, ob die Strafe ausgesprochen wird oder nicht, trifft die muthwillig abläugnende Partei die Ueberbürdung der bezüglichen Kosten [61]).

Eine Arreststrafe alternativ neben der Geldstrafe droht das Gesetz nicht an, weil die über das vermögensrechtliche Gebiet hinausgehenden Strafen nicht im Einklang stehen mit der Natur jener Rechtsverhältnisse, welche den Gegenstand des Civilprocesses bilden. Dagegen ist der Arrest eventuelles Surrogat der Geldstrafe bei Uneinbringlichkeit der letzteren [62]). Parteien, die im Armenrecht erfahrungsgemäß nicht selten muthwillig streiten, ist hiemit eine Schranke gesetzt [63]).

---

56) Artikel 376 Pr. O.
57) Privaturkunden.
58) Oeffentliche Urkunden.
59) Abg. Prot. II, 316.
60) Es steht dies im richterlichen Ermessen.
61) Abg. Ref. II, 144.
62) Abg. Ref. III, 48. Artikel 147 Pr. O. „Umgewandelte Vermögensstrafe."
63) R. Ref. II, 156—157.

Außer Geldstrafe und Kostenersatz kennt die Pr. O. eine weitere Ahndung, namentlich die Verurtheilung des Diffitenten in eine Genugthuungs-[64]) oder Entschädigungssumme nicht[65]). Aber sie schließt auch eine selbständige Entschädigungsklage nach allgemeinen Grundsätzen nicht aus, wenn der Gegenpartei durch die Abläugnung eine besondere Beschädigung verursacht worden ist.

## II. Hauptstück.

# Schlußverhandlung auf selbständige Beweisführung mit primären Beweismitteln.

## I. Capitel.

### Die Verhandlung.

### §. 340 [1]).

I. Hat die Beweisaufnahme in der Sitzung stattgefunden, so ist in der Regel unmittelbar darauf über die Hauptsache zu verhandeln [2]).

Unter der Hauptsache ist im Gegensatz zur Beweisaufnahme der gesammte Rechtsstreit mit allen bezüglichen Vorfragen und Zwischenstreitigkeiten [3]) verstanden, insoweit solcher zur Zeit verhandlungsreif ist.

Die Vorschrift, wonach in der Regel sofort über die Hauptsache verhandelt werden soll, beruht auf Zweckmäßigkeitsrücksichten. Hiedurch werden Zeit und Kosten erspart; die Aburtheilung geschieht unter dem frischen

---

64) Im Sinne des Artikel 99 der Pr. O.
65) Abg. Prot. II, 144.
1) Quellen zu Art. 257 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 101; III, 36.
Abg. Prot. II, 40, 123, 143, 450; IV, 73, 124.
R. Ref. I, 10; II, 113.
R. Prot. II, 38; IV, 35.
Quellen zu Artikel 344 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 124; III, 45.
Abg. Prot. II, 165—166, 330, 331, 356; IV, 90, 134.
R. Ref. I, 21; II, 145.
R. Prot. II, 114; IV, 43.
Quellen zu Artikel 346 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 99—100, 166—167, 331, 356.
R. Ref. I, 21.
R. Prot. II, 116.
2) Artikel 344 Absatz 1 Pr. O. init.
3) Namentlich aus dem Beweisverfahren. Vgl. Artikel 342 Pr. O.

Eindruck der Beweisaufnahme; eine Vervollständigung der letzteren, wo sie die Verhandlung verlangt, ist ohne Weiteres ausführbar, indem die noch gegenwärtigen Zeugen und Sachverständigen wieder vorgerufen werden können; einer Widerholung derselben, welche bei späterer Verhandlung nothwendig werden könnte, weil bisher theilnehmende Richter oder Anwälte dann etwa verhindert sind, ist von vornherein vorgebeugt; auch gestattet die sofortige Vornahme der Verhandlung dem Gerichte viel leichter, bei sonst gegebenen Voraussetzungen, von der Protokollirung des Zeugenverhörs abzusehen.

Die Frage, ob nach der Regel zu verfahren, steht im richterlichen Ermessen. Fällt die Entschließung des Gerichts verneinend z. B. wegen Mangel an Zeit, weil noch andere Sachen zu verhandeln sind oder das Beweismaterial zu ausgedehnt ist oder aus sonstigen Gründen: so ist nicht etwa die Sitzung einfach zu schließen und den Parteien zu überlassen, die Sache auf dem gewöhnlichen Weg (Artikel 257 Absatz 2 Pr. O.) unter vorausgängigem Schriftenwechsel zur Schlußverhandlung zu bringen, vielmehr hat das Gericht zugleich mittels Vertagungsurtheils die Fortsetzung der abgebrochenen Sitzung zum Zweck der Antragshinterlegung und Schlußverhandlung in eine folgende Sitzung zu verlegen. Ebendeshalb ist im erwähnten Fall die vorgängige Zustellung motivirter Anträge nicht geboten [5]). Ausgeschlossen ist der Schriftenwechsel nicht; stellt er sich nach Sachlage als überflüssig dar, so können die bezüglichen Kosten abgestrichen werden. Hinsichtlich der Ladung zu der bezeichneten Tagfahrt gilt das in §. 305 Ziffer II, 2 Litt. b Bemerkte.

II. Hat die Beweisaufnahme nicht in der Sitzung stattgefunden, so muß die Sache auf dem gewöhnlichen d. h. dem Wege des schriftlichen Vorverfahrens mittels Anmeldung zur Wochentabelle, Schriftenwechsel, Hinterlegung der Anträge auf einer eigenen Tagfahrt ꝛc. zur Schlußverhandlung gebracht werden. Denn die Vorschriften des VI. Hauptstücks der Pr. O. finden, soweit das Gesetz nicht Abweichungen vorschreibt, auf alle im Laufe des Processes vorkommende, also auch auf Beweisschlußverhandlungen analoge Anwendung [6]).

Hienach folgt auf die Beendigung des Beweisverfahrens [7])

1) zunächst die Anmeldung der Sache zum Eintrag in die Wochentabelle. Hiezu ist als betreibender Theil jede Partei berechtigt [8]). Vgl. §. 302, insbesondere Ziffer II, 1 Litt. b.

   Nach der Anmeldung bestimmt sich die Hinterlegungstagfahrt. Vgl. §. 302 Ziffer II. Hinsichtlich der Ladung zu dieser Tagfahrt gelten die allgemeinen Bestimmungen. Vgl. §. 303.

2) Abweichend vom Vorbereitungsverfahren zur ersten Verhandlung geht die Mittheilung der motivirten Anträge der Anmeldung nach und ist nicht in alternirendem Wechsel vorgeschrieben.

---

4) Vgl. Artikel 419 Absatz 5 Pr. O.
5) Artikel 344 Absatz 1 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 165.
6) Artikel 257 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 165, 167—168. Als Ueberschrift zum VI. Hauptstück der Pr. O. wurden statt der Worte „Verfahren bis zum Urtheil" die Worte „Verfahren im Allgemeinen" gerade deshalb gewählt, weil die dortigen Bestimmungen auch nach dem Urtheil, wenn dieses kein endliches ist, zur Anwendung kommen. Abg. Prot. IV, 73.
7) Oder nach dem Ablaufe der festgesetzten Beweisfrist.
8) Artikel 344 Absatz 2 Pr. O. init.

Wenigstens drei Tage vor der zur Hinterlegung bestimmten Sitzung [9]) haben sich die Anwälte wechselseitig motivirte Anträge zustellen zu lassen. Im Allgemeinen finden auf dieselben, soweit sie eben passen und nicht durch Artikel 344 der Pr. O. modificirt sind, die früher dargestellten Grundsätze (vgl. §§. 282—294) Anwendung.

In diesen Anträgen sind nicht blos die positiven und negativen Ergebnisse der Beweisführung, soweit sie jede Partei für sich benützen will, zusammenzustellen, sondern es ist das gesammte bis jetzt erwachsene Streitmaterial, einschließlich der allenfalls durch die Beweisführung gewonnenen mittelbar verwerthbaren Momente (Artikel 345 Pr. O.) und des etwa völlig neu Vorzuführenden zu einem entsprechenden Ganzen (status causae et controversiae) zu gestalten. Dabei ist auf möglichste Kürze, Verweisung auf den Inhalt früherer Anträge 2c. thunlichst Bedacht zu nehmen [10]). In wieweit nova zulässig, darüber vgl. §. 342.

Die über die Beweisaufnahme erwachsenen Protokolle und Gutachten [11]) brauchen dem Gegenanwalte des Beweisführers nicht, weder besonders noch mit dem motivirten Antrage [12]) zugestellt zu werden. Zwar wollte diese, allerdings für den Gegenanwalt bequeme, Einrichtung der Regierungsentwurf [13]). Allein es wurde von einer bezüglichen Vorschrift abgesehen, weil sie eine nicht selten kostspielige und sachverzögerliche Ausfertigung der betreffenden Actenstücke erfordert hätte. Dagegen ist den Anwälten gestattet zum Zweck ihrer Vorbereitung für die Verhandlung wie für die Bearbeitung der Schriftsätze von der Gerichtsschreiberei einfache Abschriften dieser Protokolle 2c., sei es aller oder einzelner, zu erholen, für welche weder Stempel noch Taxen, sondern nur die Gerichtsschreibereigebühren zu entrichten sind [14]). Die hierauf erwachsenden Kosten fallen seiner Zeit dem unterliegenden Theil zur Last. Als frustratorisch können sie niemals gestrichen werden, da der Anwalt ein Recht auf den Besitz vollständigen Actenmaterials hat [15]).

Bei der Verhandlung hat der Gerichtsschreiber die erwähnten Protokolle und Gutachten in Urschrift vorzulegen [16]), gleichviel ob eine Hinterlegungstagfahrt vorausgegangen ist oder nicht [17]).

3) Wollen in der Verhandlung bisher nicht gebrauchte Urkunden be-

---

9) Vgl. Artikel 242 Absatz 2 Pr. O.
10) Artikel 344 Absatz 2 Pr. O. Ausnahmsweise werden nach besonderer Vorschrift keine Anträge zugestellt, z. B. wenn die Beweiserhebung in einer Eidesabnahme bestand.
11) Zeugenverhöre, Augenscheinsbefunde, Einweisungsprotokolle, gerichtliche Protokolle über Expertengutachten.
12) Vgl. §. 278 Ziffer II. 2 und §. 284 Ziffer 3.
13) Artikel 295 Absatz 4.
14) Artikel 344 Absatz 3 Pr. O. Vgl. §§. 295 Ziffer I.
15) Abg. Ref. II, 124; Abg. Prot. II, 165—166, 330.
16) Artikel 344 Absatz 3 Pr. O.
17) Bei ergriffener Berufung werden sie an die Gerichtsschreiberei des Berufungsgerichts eingesendet. Artikel 711 Pr. O.

nützt werden, so finden die in den §§. 295—299 erläuterten Grundsätze entsprechende Anwendung.

4) Bei der Hinterlegungstagfahrt erfolgt der Aufruf nach den in §. 304 Ziffer I erörterten Vorschriften.

Desgleichen kommen bei gegebenen Voraussetzungen die dort unter Ziffer II dargestellten Grundsätze über Circumducirung und Vertagung der Tagfahrt, sowie über die einseitige Verhandlung, hinsichtlich dieser aber allerdings mit einer sehr wesentlichen Modification[18]), zur analogen Anwendung. Ist nämlich bei der Hinterlegungstagfahrt nur ein Anwalt oder von mehreren aufgestellten Anwälten nur ein Theil erschienen, welchem Falle der andere gleichsteht, wenn der erschienene Anwalt nicht handelt d. h. hinterlegt: so ist nicht nach Vorschrift des Artikel 241 Absatz 2 der Pr. O. zu verfahren, sondern von dem erschienenen Theile Antrag zur Sache zu stellen bezw. zu übergeben, sodann durch diesen einseitig zu verhandeln und ein allerdings dem Einspruch des Nichterschienenen unterliegendes Versäumungsurtheil, letzteres aber inhaltlich nicht etwa im Sinne der Artikel 297, 301 und 303 der Pr. O. (Fiction bejahender Streiteinlassung), sondern nach der durch das Ergebniß der Beweisaufnahme gestalteten Sachlage zu erlassen. Hierüber das Nähere in §. 341.

Wird die Hinterlegungstagfahrt zweckgemäß abgehalten, so gelten in Hinsicht der Hinterlegung und ihrer Wirkungen, sowie der Fixation der Hauptbeschlußverhandlung 2c. die in den §§. 305 und 306 dargestellten Grundsätze.

III. Hat die Beweiserhebung theilweise durch einen beauftragten Richter, theilweise in der Sitzung stattgefunden, so gelten, wenn letztere den Schluß der Beweisaufnahme bildete, die unter Ziffer I, und wenn erstere den Schluß der Beweisaufnahme bildete, die unter Ziffer II erörterten Grundsätze. Dabei ist nicht zu vergessen, daß die Beweiserhebung von vorneherein so eingerichtet werden soll, daß der letzte Act der Beweisaufnahme in der Sitzung stattfindet[19]). Würde es in einem solchen Falle nach den Verhältnissen wünschenswerth sein, den Anwälten zur Vorbereitung mehr Zeit zu gönnen, so kann die Hauptschlußverhandlung vertagt werden.

## §. 341[1]).

Mag die Beweisschlußverhandlung sich unmittelbar an die Beweisaufnahme in der Sitzung anschließen oder mit Beendigung dieser in eine spätere Sitzung vom Gerichte vertagt (§. 340 Ziffer I) oder in Gemäßheit der Artikel 259—261 der Pr. O. vom Gerichts- oder Senatsvorstande unmittelbar anberaumt (§§. 307 und 308) oder endlich auf vorgängige Hinterlegung der Anträge fixirt sein (§. 340 Ziffer II): so finden auf dieselbe im Allgemeinen d. h. soweit der verschiedene Zweck der Schluß-

18) Artikel 346 Pr. O.
19) Artikel 408 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 346 sieh' bei §. 340.

verhandlung nicht ein Anderes mit sich bringt, die Grundsätze Anwendung, welche von der ersten Verhandlung gelten. Vgl. §§. 309 ff.

Eine wesentliche Abweichung ist für den Fall der sg. einseitigen Verhandlung vorgeschrieben. Ist nämlich nur ein Anwalt oder von mehreren aufgestellten Anwälten nur ein Theil erschienen, so muß, wenn nicht die Verhandlung vertagt wird, bei Meidung der Streichung der Sache vom Hauptverzeichniß, in die Verhandlung eingetreten werden. Hiebei sind zwei verschiedene Fälle möglich.

1) Der Verhandlung ist eine Hinterlegungstagfahrt vorausgegangen, bei welcher auch die Hinterlegung der Anträge allseitig stattgefunden[2]) hat (§. 340 Ziffer II). In diesem Falle ist Verhandlung und Urtheil contradictorisch [3]) und das letztere mit Einspruch nicht anfechtbar.

2) Der Verhandlung ist eine Hinterlegungstagfahrt nicht vorausgegangen. In diesem Fall müssen die Anträge der Parteien dem Vorsitzenden bei der Verhandlung schriftlich, wenn auch ohne Motivirung (einfache Anträge), übergeben [4]) d. h. eben hinterlegt werden, gerade wie bei einer ersten Verhandlung.

Die Beweisschlußverhandlung ist nämlich keineswegs auf die Frage beschränkt, ob der zugelassene Beweis geliefert ist oder nicht. Das Gericht ist an den Inhalt des Beweisurtheils nicht gebunden, ja unter Umständen nicht einmal an die parteilichen Beweisanerbieten, wenn das Beweisverfahren einen nicht angebotenen Beweis über mittelbar erhebliche Thatsachen ergeben hat. (Artikel 345 Pr. O.) Demgemäß kann die Partei, obwohl ihr Beweis mißlungen oder der des Gegners gelungen ist, darauf hinweisen, daß die erprobte oder nicht erprobte Thatsache überhaupt nicht, sondern eine andere relevant sei, darauf, daß sie mittelbar erhebliche Thatsachen bewiesen habe u. s. w., — ja sie kann mit geringer Beschränkung völlig neue Thatsachen geltend machen, neue Beweise anbieten (§§. 290, 291, 317–319, 342) und nach beiden Richtungen kann selbst das Gericht veranlaßt sein, die Parteien auf Uebersehenes aufmerksam zu machen. (Artikel 274 Absatz 2 und Artikel 328 Absatz 4 Pr. O.) Hienach erscheint die Verhandlung am Schlusse des Beweisverfahrens keineswegs rein auf den Punct zurückgeführt, wo sie durch das frühere Beweisurtheil unterbrochen wurde. Daraus folgt aber auch, daß die früher hinterlegten Anträge möglicher Weise dem nunmehrigen Stand der Dinge ganz und gar nicht mehr entsprechen. Deshalb versagt ihnen das Gesetz für die Schlußverhandlung jene fortwirkende Kraft, welche denselben durch Artikel 245 Absatz 2 Pr. O. beigelegt ist. Ist dies der Fall, so ergibt sich von selbst, daß neuerdings Anträge hinterlegt werden, daß also auch die bisher gehorsame Partei durch Antragshinterlegung weiter erscheinen müsse, wenn sie nicht von jetzt an als ungehorsam gelten will. In diesen neuen Anträgen nimmt alles bisher erwachsene Streitmaterial den Charakter von Vorbereitungsmaterial für die Schlußverhandlung an. An sie knüpfen sich hinwieder selbständig die in Artikel 245 Absatz 2 der Pr. O. bezeichneten Wirkungen [5]).

---

2) Ueber den Fall, wenn hier ein Theil die Antragshinterlegung unterlassen hat, sieh' §. 340 Ziffer II, 4.

3) Vgl. §. 306 und Artikel 245 Absatz 2, Artikel 254 Pr. O.

4) Artikel 344 Absatz 1 i. f. Pr. O.

5) Abg. Prot. II, 166–167.

Wird die neuerliche Antragshinterlegung von einer der Parteien unterlassen, sei es weil sie bei der Schlußverhandlung überhaupt unvertreten ist[6]) oder weil ihr erschienener Anwalt nicht handelt[7]) bezw. hinterlegt: so ist das auf Antrag der erschienenen Partei zu erlassende Urtheil ein Versäumungsurtheil, gegen welches der Nichterschienenen das Recht des Einspruchs zusteht[8]).

Indessen ist der Antrag der erschienenen Partei, auf welchen allerdings der Artikel 302 der Pr. O. Anwendung findet, doch nicht im Sinne des VIII. Hauptstücks der Pr. O. zu stellen und das Gericht hat denselben auch nicht nach Artikel 297, 301 und 305 im Sinne einer fingirten litiscontestatio affirmativa zu bescheiden. Vielmehr ist das Urtheil nach Lage der Sache d. h. nach dem Gesammtstande des Rechtsstreits, wie sich dieser durch das Ergebniß der Beweisaufnahme in Verbindung mit den früheren Anträgen, Angriffs- und Vertheidigungsmitteln[9]) der ungehorsamen Partei gestaltet, zu erlassen[10]).

Auf den Einspruch finden die Vorschriften der Artikel 309—315 der Pr. O. entsprechende Anwendung. Der Einspruchskläger hat seinen Einspruch mit demjenigen zu begründen, was Gegenstand seines Antrags gewesen wäre, wenn er einen solchen hinterlegt hätte. Sein Petitum ist auf Zurücknahme des Urtheils und auf Erlassung eines anderen, nach Umständen eines Vorbescheids, eines weiteren Beweisurtheils, eines Eidesinterlocuts oder Definitivurtheils zu richten.

Unter gegebenen Voraussetzungen finden auch die Bestimmungen über Erlassung eines Verbindungsurtheils (Artikel 316 ff. Pr. O.) Anwendung.

Natürlich findet Artikel 346 der Pr. O. nur Anwendung, wenn überhaupt irgend welche Beweisaufnahme stattgefunden hat. Blieb das Beweisurtheil ganz unvollzogen und ist hiedurch nach den einschlägigen Bestimmungen der Ausschluß des Beweisführers mit seinem Beweise eingetreten, so erscheint die Vorschrift des bezeichneten Artikels gegenstandslos[11]).

---

6) Ein solcher Fall kömmt wohl nur vor, wenn der Anwalt die Sache seiner Partei ganz verloren gibt, namentlich nach Ableistung eines Eides 2c. Doch können ihn auch sonstige Gründe zum Ausbleiben bestimmen z. B. Mangel eines Kostenvorschusses 2c.

7) Artikel 253 Pr. O.

8) Artikel 346 Pr. O.

9) Diese ergeben sich aus dem Beweisurtheil, der Sachverhaltsdarstellung 2c.

10) Artikel 346 Pr. O.

11) Der Artikel 346 der Pr. O. enthielt nach einem früheren Beschlusse des Abg. Ausschusses noch den Beisatz:

„Wiederholung der Beweisaufnahme ist unstatthaft 2c."

m. a. W. die Bestimmung, daß die Erhebung des Einspruchs nicht die Wirkung äußere, daß nun auch die gepflogene Beweisaufnahme wiederholt werden müsse. Dieser Beisatz wurde später als theils überflüssig, theils zu weit gehend gestrichen. Es versteht sich nämlich von selbst, daß eine Partei bei Erhebung des Einspruchs nur diejenigen Anträge erheben kann, welche sie stellen durfte, wenn sie bei der Verhandlung gegenwärtig war. Insoweit sie Specialpräjudizien des Beweisverfahrens z. B. jene des Artikel 340 verwirkt hatte, kann schon bei dieser Verhandlung. den Fall der Restitution oder Nichtigkeitseinrede ausgenommen, eine Wiederholung der Beweisaufnahme nicht beantragt werden, um so weniger bei der Einspruchsverhandlung, da sich der Einspruch nur auf das Urtheil und die vor-

## §. 342 [1]).

Ueber den rechtlichen Charakter der Schlußverhandlung, insbesondere die Befugniß wie die Beschränkung der Parteien in Bezug auf die Geltendmachung neuer Thatsachen und Beweismittel ist das Nöthige bereits in den §§. 288—293, 317—319 bemerkt. Es ist dort namentlich gesagt, daß von dem allgemeinen Rechte, thatsächliches und Beweismaterial jeder Art bis zum Schluß der letzten Verhandlung vor dem Endurtheil der letzten ordentlichen Instanz geltend zu machen, gewisse Ausnahmen bestehen, indem schon das schriftliche Vorverfahren für die erste Verhandlung in bestimmter Beziehung präjudiciell wirkt, indem ferner der Schluß der mit einem Beweisurtheil endigenden Verhandlung den Ausschluß mancher dort nicht benützter Behelfe ꝛc. mit sich bringt. Zu diesen Ausnahmen von der Regel treten für die Beweisschlußverhandlung die einzelnen präjudiciellen Wirkungen des Beweisaufnahmeverfahrens hinzu, wie solche in den §§. 326—339 namhaft gemacht worden sind. Es kommen ferner hinzu die präjudiciellen Wirkungen des schriftlichen Vorverfahrens zur Beweisschlußverhandlung (Artikel 344 Pr. O.) in Ansehung von Proceßeinreden, welche in diesem Stadium noch statthaft waren bezw. nach Schluß der früheren Verhandlung entstanden sind u. s. w. Hat ein solches Vorverfahren nicht stattgefunden (Artikel 344 Absatz 1 init.), so knüpfen sich die bezüglichen Präjudizien an den Schluß der Beweisverhandlung.

Jenes Beweismittel, welches die eigentliche Stätte seines Angebots in der Beweisschlußverhandlung hat, ist der Eid.

Materiell unterscheiden sich die Eide bekanntlich in solche, welche nur auf Parteiantrag, und in solche, welche auch von Amtswegen auferlegt werden können. Zu den letzteren zählt der Erfüllungseid, zu den ersteren gehören alle übrigen Parteieneide, der Haupteid (Artikel 449 Pr. O.), der Manifestationseid (Artikel 471) und der Schätzungseid (Artikel 470 Absatz 1 und Artikel 471 Absatz 3 Pr. O. Der Haupt- und Offenbarungseid kann nur vom Gegner begehrt werden; zum Schätzungseid kann sich der Beweispflichtige selbst erbieten; aber ohne solches Erbieten oder Verlangen kann keiner dieser Eide vom Gerichte auferlegt werden.

Processuell unterscheiden sich die Parteieneide in solche mit und ohne Eventualitätscharakter.

Zu den letzteren gehören der Manifestations- und Schätzungseid [2]). Das Verlangen bezw. Anerbieten dieser Beweismittel steht hienach unter dem allgemeinen Gesetze, wonach jedes thatsächliche Vorbringen schon im schriftlichen Vorverfahren (Artikel 251 Pr. O.) geltend gemacht werden soll, aber noch bis zum Schluß der ersten Verhandlung (Artikel 324 Absatz 1)

---

gängige Verhandlung, nicht aber auf die Grundlage beider, die Beweisaufnahme bezieht. Insoferne ausnahmsweise das Verlangen auf Wiederholung der Beweisaufnahme bei der Schlußverhandlung gestellt werden konnte, steht es der betr. Partei auch im Wege des Einspruchs frei. Abg. Prot. II, 331.

1) Quellen zu Artikel 324 der Pr. O. sieh' bei §. 174, zu Artikel 449 bei §. 206, zu Artikel 460 bei §. 343, zu Artikel 461 bei §. 346. zu Artikel 481 bei §. 348.

2) Abg. Ref. II, 165.

und wenn dieser weitere folgen bis zum Schlusse der letzten Verhandlung vor dem Endurtheil der letzten ordentlichen Instanz geltend gemacht werden kann.

Zu den Eiden mit Eventualitätscharakter zählen der Erfüllungseid, der immer nur in Verbindung mit anderen Beweisbehelfen in Frage kommen, folglich auch von den Parteien in der betreffenden Sitzung in Anregung gebracht werden kann (Artikel 469 Pr. O.), und der Haupteid, soferne seine Zuschiebung in Verbindung mit dem Anerbieten anderer Beweise geschieht (Artikel 327 Absatz 2 Pr. O.) oder der Erhebung anderer Beweismittel nachfolgt (Artikel 449 Pr. O.).

I. Die Zuschiebung des Haupteides kann in jedem Stand der Sache geschehen [3]), d. h. so lang es überhaupt noch auf Beweisführung über die betreffende Thatsache anzukommen hat. Folgerecht ist die Eidesdelation in jeder mündlichen Verhandlung und selbst noch in jener, welche dem Definitivurtheil der letzten ordentlichen Instanz vorausgeht, statthaft [4]). Nach Schluß dieser Verhandlung, nicht minder wenn der ersten eine weitere Verhandlung nicht mehr folgt, ist Eideszuschiebung ausgeschlossen, weil außerhalb einer Verhandlung eine Geltendmachung von Thatsachen oder Beweisen überhaupt unmöglich ist [5]). Es verhält sich mit der Eidesdelation ganz ähnlich, wie mit der nachträglichen Production von Urkunden.

Selbstverständlich soll in dem der betreffenden Verhandlung vorgängigen Schriftenwechsel auch die Eideszuschiebung wie jedes andere Vorbringen vorbereitungsweise mit enthalten sein [6]). Der Regierungsentwurf [7]) wie frühere Beschlüsse des Abg. Ausschusses [8]) enthielten die Bestimmung ausdrücklich. Sie wurde später nur deshalb gestrichen, weil man sie nach den allgemeinen Vorschriften für selbstverständlich hielt [9]).

Ueber die Form der Eideszuschiebung (Präcisirung der Eidesformel) sieh' §. 316 und §. 284 Ziffer 3.

Der Abg. Referent, von der Erwägung ausgehend, daß der Haupteid nicht species transactionis, sondern Beweismittel sei, hielt eine Vorschrift dahin für nöthig, daß der Eid gleich den übrigen Beweismitteln in der der Erlassung des Beweisurtheils unmittelbar vorhergehenden Verhandlung, wenn auch eventuell, anzubieten sei, dies um so mehr als dann mit Abschneidung jeder Verzögerung auch sogleich über die Einwendungen gegen dessen Zulässigkeit und Erheblichkeit 2c. verhandelt werden könne [10]). Hiegegen wurde aber eingewendet, daß der Haupteid das letzte Beweismittel der Partei sei. Die Nothwendigkeit und Art seiner Benützung ergebe sich erst nach voller Aufhellung des Sachverhalts der Erhebung der primären Beweise nachgängig. Eine Vorschrift, den Eid bei Ausschlußvermeidung vorgängig dem Beweisurtheil anzubieten, würde nur dahin führen, daß in

3) Artikel 449 Pr. O. So auch der preuß. Entwurf §. 509 und das französische Recht.
4) Abg. Prot. II, 250, 348.
5) Artikel 324 Pr. O.
6) Artikel 251 Pr. O.
7) Artikel 424.
8) Artikel 13 Hauptstück XIV.
9) Vgl. Abg. Prot. II, 348; IV, 101.
10) Abg. Ref. II, 159; Abg. Prot. II, 239.

allen Fällen die Delation vorsorglich stattfinde, während sie oft späterhin sich als unnöthig bezeige. Auch sei es unzukömmlich, vor dem Beweisurtheil über die Eideszuschiebung zu verhandeln und erst nach durchgeführter Erhebung der primären Beweismittel darüber zu erkennen [11]). Der Hauptgegengrund liegt wohl im Systeme des neuen Processes, der principiell alles Parteivorbringen, nicht blos die Eidesdelation, bis zum Schlusse der letzten Verhandlung zuläßt und in Ansehung der Beweisart keine Beschränkungen statuirt. Auch der präjudicielle Charakter des Zeugenbeweises knüpft sich nur an die Benennung der Zeugenindividuen. Beim Eide fällt dagegen wie bei Augenscheins- und Expertenbeweis die Beweisspecies mit der Beweisart zusammen.

II. Erklärung über Erheblichkeit und Zulässigkeit der Eidesdelation. Einwendungen gegen die vorgeschlagene Eidesformel.

Ist die Eideszuschiebung bereits im schriftlichen Vorverfahren zur ersten oder einer weiteren Verhandlung oder doch bei der letzteren erfolgt, so hat der Delat in gleicher Weise seine Einwendungen gegen die Zulässigkeit und Erheblichkeit der Delation wie gegen die vorgeschlagene Fassung des Eidessatzes im Vorverfahren, spätestens bei der betreffenden Verhandlung abzugeben, wie sich von selbst versteht bei Meidung des Ausschlusses von dieser Verhandlung. Der Ausschluß ist ein definitiver, wenn das Gericht unmittelbar darauf das Eidesurtheil (Artikel 460 Absatz 1 Pr. O.) erläßt. Dies wird allerdings bei einer ersten Verhandlung in der Regel nicht der Fall sein. Der Delat kann es darauf ankommen lassen, vom Gerichte bei der Verhandlung auf die Nothwendigkeit, seine Erklärung jetzt schon abzugeben, aufmerksam gemacht zu werden [12]). Artikel 324 und 460 Absatz 1 Pr. O.

III. Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung des Eides.

Diese Erklärung kann der Delat mit seinen Einwendungen gegen die Zulässigkeit ꝛc. der Delation (Ziffer II) verbinden; er muß es aber nicht. Ihm steht das Recht zu, vorerst das Urtheil über Erheblichkeit und Zulässigkeit der Delation abzuwarten [13]). Hiedurch unterscheidet sich der Eidesdelat von demjenigen, gegen welchen eine Urkunde producirt wird, (dem Producten) bezüglich der Aechtheitserklärung [14]).

Ist gleichwohl die Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung mit den Einwendungen gegen die Zulässigkeit ꝛc. der Delation (eventuell) verbunden worden, so wird hierüber auch sofort verhandelt und es hat der Deferent seine etwaigen Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Eideszurückschiebung sogleich geltend zu machen.

---

11) Abg. Prot. II, 239.
12) Abg. Prot. II, 251.
13) Vgl. Artikel 460 Absatz 2 Pr. O., Artikel 481.
14) Artikel 370 Pr. O.

## III. Capitel.

# Das Urtheil. Eidesinterlocut.

### §. 343 [1]).

Das Resultat der Beweisführung mit primären Probmitteln und der Schlußverhandlung darüber kann ein sehr verschiedenes sein [2]).

Es kann ein wiederholtes Interlocut mit weiterer Beweiserhebung und Schlußverhandlung, wenn weitere relevante und zulässige Beweise jetzt angeboten sind oder früher angeboten und unbeachtet geblieben waren, — oder ein sonstiger Vorbescheid erfolgen müssen [3]).

Es kann die Sache zu einem verurtheilenden oder freisprechenden Endurtheil bereift sein, wenn die zugelassenen Beweise oder Gegenbeweise voll gelungen oder gänzlich mißlungen sind oder das Gericht sich nachträglich überzeugt, daß es auf Beweisführung überhaupt nicht anzukommen hatte [4]).

Ist Keines von diesen der Fall, so ist ein Eidesinterlocut zu erlassen [5]). Eidesauflagen haben, wenn sonstige Beweismittel zu erheben sind,

---

1) Quellen zu Artikel 460 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 159—160, 163—164; III, 54.
Abg. Prot. II, 240—241, 250—252, 253—254, 343, 369; IV, 101—102, 147, 334, 367.
R. Ref. I, 26, 93—94; II, 174.
R. Prot. II, 235, 239; IV, 61.
Quellen zu Artikel 462 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 163—164; III, 54.
Abg. Prot. II, 250—252, 348, 349, 369, 453; IV, 102, 105, 148.
R. Ref. I, 26; II, 175.
R. Prot. II, 235; IV, 61.
Quellen zu Artikel 463 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 164—165.
Abg. Prot. II, 252, 255—256, 348, 349, 369.
R. Ref. I, 26.
R. Prot. II, 235.
Quellen zu Artikel 478 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 167.
Abg. Prot. II, 254, 255, 350, 370.
R. Ref. I, 26.
R. Prot. II, 239.
Quellen zu Artikel 479 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 167.
Abg. Prot. II, 254, 350, 370.
R. Ref. I, 26.
R. Prot. II, 239.

2) Vgl. §§. 237—250.

3) Abg. Prot. II, 153; vgl. Artikel 460 Absatz 2 i. f. mit Artikel 460 Absatz 1 Pr. O. und §. 344.

4) §. 344.

5) Ueber den Charakter dieses Urtheils als eines contradictorischen oder inhaltlich nicht fictiven Contumacialurtheils vgl. §. 341.

stets erst in dem über die Ergebnisse dieser Beweiserhebung zu erlassenden Urtheile und nur durch Urtheil zu geschehen.

Hinsichtlich der Fällung des Eidesurtheils gelten wie beim Beweisinterlocut [6]) die Grundsätze von der Fällung des Endurtheils. Der Inhalt des Eidesinterlocuts ist ein materieller und ein processualer.

I. Anordnung des Eides.

Den materiellen Theil des Interlocuts bildet die richterliche Fixirung des Eidessatzes und der Eideslast. Im Allgemeinen hat das Gericht die Zulässigkeit des Eides, die Erheblichkeit des Eidessatzes sowie festzustellen, welche Partei die Schwurpflicht trifft, Alles dies wie bei Erlassung eines gewöhnlichen Beweisurtheils [7]).

Anlangend die einzelnen Eidesarten, so gilt in Ansehung des Erfüllungseides die schon erläuterte Bestimmung des Artikel 469 der Pr. O. [8]). Beim Schätzungseide hat das Gericht im Eidesurtheil [9]) neben dem Ausspruch darüber, daß und welcher Partei der Eid zu gestatten, zugleich die Summe zu bestimmen, bis zu welcher er zugelassen wird [10]). Für den in einem anhängigen Rechtsstreit [11]) verlangten Offenbarungseid gibt der gleichfalls schon erläuterte [12]) Artikel 471 Absatz 1 der Pr. O. Maß. Beim Haupteide hat das Urtheil nach dreifacher Richtung Entscheid zu geben: über die Eideszuschiebung und des Delaten Einwendungen gegen deren Erheblichkeit und Zulässigkeit, — über die Erklärung des Delaten bezüglich der Annahme oder Zurückschiebung des Eides, — endlich im Falle der Zulassung über die Fixirung des Eidessatzes.

1) Entscheidung über Erheblichkeit und Zulässigkeit der Delation.

Das Gericht hat über die bei der Verhandlung gegen die Zulässigkeit der Eidesdelation erhobenen Einwendungen [13]) und, wenn solche nicht erhoben sind, Delat sich vielleicht sofort zur Eidesleistung bereit erklärte, von Amtswegen über Erheblichkeit und Zulässigkeit der Delation zu entscheiden, letzternfalls etwa unter der Constatirung, daß hierüber parteilicherseits kein Streit besteht. Das Urtheil hat natürlich unmittelbar auf die bezügliche Verhandlung zu ergehen [14]). Wird die Eideszuschiebung für unstatthaft erachtet, so tritt an Stelle eines Eidesinterlocuts das Endurtheil.

2) Entscheidung über Annahme oder Zurückschiebung des Haupteides.

Wünschenswerth ist allerdings, daß die Erklärung des Delaten über Annahme oder Zurückschiebung bei der Verhandlung über die Delation des Eides in bindender Weise erfolgt. Da dies indessen

6) Vgl. §. 322 Eingang.
7) Artikel 328 Pr. O.
8) Vgl. §. 216.
9) Nicht etwa erst nachträglich.
10) Artikel 470 Absatz 4 Pr. O.
11) Wird der Anspruch auf Ableistung des Manifestationseides selbständig geltend gemacht, so ist darauf Klage zu erheben.
12) Vgl. §. 214.
13) Artikel 460 Absatz 1 Pr. O.
14) Abg. Prot. II, 251.

nicht geboten ist [15]), so unterscheidet das Gesetz auch hinsichtlich des Urtheils, ob die Acceptations- oder Relationserklärung des Delaten schon bei der Verhandlung über die Delation abgegeben wurde oder nicht.

Im ersteren Falle erläßt das Gericht neben der Entscheidung über Erheblichkeit und Zulässigkeit der Delation (Ziffer 1) zugleich Ausspruch über die Art der Annahme oder Zulässigkeit der Relation (Artikel 460 Absatz 1 Pr. O.), – gleichviel ob und welche Gegenerklärung des Relaten vorliegt. Eine Frist zu weiterer Erklärung ꝛc. ist diesem nicht vorzusetzen. Er kann sich über die Annahme des zurückgeschobenen Eides seiner Zeit in der zur Eidesleistung anberaumten Sitzung noch aussprechen. Uebrigens liegt in der Regel die Erklärung des Relaten über die Zurückschiebung schon in in der Eidesdelation.

Hat der Delat sich über Annahme oder Zurückschiebung des Eides in der Verhandlung noch nicht erklärt, so ist im Urtheile neben der Entscheidung über die Delation weiterhin:

a) dem Delaten eine angemessene, von der Zustellung dieses Urtheils an die Partei selbst [16]) laufende, übrigens der Erweiterung nach Artikel 209 und der Unterbrechung nach Artikel 211 der Pr. O. nicht unterliegende Frist vorzusetzen, in welcher durch Anwaltsact dessen Erklärung, ob und in welcher Art der Eid angenommen oder zurückgeschoben werden wolle [17]), bei Vermeidung der Annahme der Eidesverweigerung zugestellt werden muß [18]). Selbstverständlich darf die Erklärung sich nicht auf die Aeußerung der Annahme oder Zurückschiebung beschränken, sondern muß im Sinne der Artikel 455 und 456 der Pr. O. den Sachverhalt zusammenhängend erzählen und sagen, über welche Sätze Delat schwören oder vom Relaten geschworen sehen will. Zugleich ist

b) dem Deferenten und (eventuellen) Relaten eine weitere Frist für die Zustellung der etwa nöthig werdenden, in gleicher Weise abzugebenden Antwort auf die Erklärung des Delaten vorzusetzen. Eine solche Gegenerklärung kann nöthig werden, wenn der Delat in seiner Erklärung den Eidessatz beanstandet oder den Eid referirt hat und die Eideszurückschiebung beanstandet werden will. Da die Abgabe der Gegenerklärung in das Belieben des Deferen-

15) Vgl. §. 342. Häufig ist dem Anwalte unmöglich, in der Verhandlung sofort die Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung abzugeben, namentlich, wenn der Eid erst hier zugeschoben wurde, wenn seine Partei in der Sitzung nicht anwesend ist u. s. w. Wäre letzteres aber auch der Fall, so kann die Sachlage noch eine besondere eingehende Erwägung und Unterredung zwischen dem Delaten und seinem Anwalt nothwendig machen. Ueberhaupt wird kein gewissenhafter Anwalt leichthin einen Eid acceptiren. A. Prot. II, 250.

16) Artikel 210 Absatz 3 Pr. O.

17) Vgl. Abg. Prot. II, 250.

18) Von Anwalt zu Anwalt.

ten gestellt ist, so knüpft sich an die Versäumung dieser Frist das Präjudiz der Verweigerung des etwa referirten Eides nicht[19]).

3) Festsetzung des Eidessatzes.

Sind Einwendungen gegen den proponirten Eidessatz erhoben worden, so entscheidet das Gericht in dem bezeichneten Urtheile auch hierüber. Zugleich setzt es, mag nun das Urtheil über die Delation und Acceptation oder Relation definitiv oder lediglich in ersterer Beziehung definitiv, in letzterer Hinsicht proceßleitend (Ziff. 2 Litt. a und b) ergehen, den Eidessatz, diesen aber allerdings nur vorläufig fest[20]).

II. Anordnung der Eidesabnahme.

Den processualen Inhalt des Eidesinterlocuts bilden die Modalitäten der Eidesabnahme. Das Urtheil hat zu bestimmen, vor welchem Gericht und zu welcher Zeit die Eidesleistung geschehen soll.

Zwar kann der Erfüllungs=, Schätzungs= und Offenbarungseid sogleich in der Sitzung geschworen werden, in welcher das eidauflegende Urtheil publicirt wird, vorausgesetzt, daß die schwurpflichtige Partei gegenwärtig, zu sofortiger Leistung erbötig und gegnerischer Widerspruch auf Grund des Artikel 463 der Pr. O.[21]) nicht eingelegt ist[22]). Auch der Haupteid darf in der Sitzung, in welcher das Urtheil über die Delation und Annahme oder Zurückschiebung[23]) verkündet wird, geleistet werden, gleichviel ob Deferent oder Delat zu schwören hat, vorausgesetzt, daß der Schwurpflichtige gegenwärtig und die sofortige Eidesabnahme von beiden Parteien förmlich beantragt ist[24]), ein Antrag, wodurch auf die[25]) Formen und Fristen der Beweisaufnahme[26]), sowie auf die Berufung gegen das Urtheil[27]) verzichtet wird. Uebrigens ist das Gericht zwar befugt, aber nicht verpflichtet, einem bezüglichen Antrag stattzugeben. Wird dem Antrag entsprochen, so ist in der betreffenden Sitzung Alles dasjenige vorzunehmen und zu verhandeln, was außerdem den Gegenstand einer besonderen Eidesleistungstagfahrt bilden würde[28]), einschließlich der Eidesschlußverhandlung nach Artikel 344 Absatz 1 Pr. O.

In jedem anderen Falle ist eine eigene Tagfahrt zur Eidesabnahme in dem unter Ziffer I erwähnten Urtheil festzusetzen. Daß dasselbe hinsichtlich der Eidesformel nur einen provisorischen und gegebenen Falls in Ansehung der Acceptations= und Relationserklärung nur einen proceßlei=

---

19) Artikel 460 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 101—102. Es wäre nicht zulässig, für die Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung unter Vertagung der Verhandlung und mit Umgehung des unter Littera a u. b erwähnten Schriftenwechsels eine weitere Sitzung anzuberaumen. Die Pr. O. schneidet diesen modus procedendi als erfahrungsgemäß verzögerlich und kostspielig ab.

20) Artikel 460 Absatz 1 Pr. O.

21) Berufungsvorbehalt.

22) Die beschränkende Vorschrift des Artikel 462 der Pr. O. gilt für den Erfüllungs=, Schätzungs= und Offenbarungseid nicht. Vgl Artikel 472 Absatz 1 Pr. O.

23) Artikel 460 Absatz 1 Pr. O. Vgl. §. 343 Ziffer I, 2 a linea 2.

24) Artikel 462 Absatz 1 Pr. O.

25) In den Artikeln 331, 338, 460 vorgeschriebenen.

26) Urtheilszustellung 2c. Vgl. §. 345 Ziffer I.

27) Artikel 463 Absatz 2 Pr. O.

28) Vgl. §§. 346, 347.

tenden Ausspruch enthält, ändert hieran nichts. Selbstverständlich muß im letzteren Falle die Schwurtagfahrt so gewählt werden, daß sie zeitlich über den in Artikel 460 Absatz 2 der Pr. O. bezeichneten Schriftenwechsel hinausliegt. Der Grund, warum in der Regel der Eid in der Sitzung, in welcher darauf erkannt wurde, nicht geschworen werden soll, liegt in höheren Rücksichten. Die Ablegung eines Eides soll nicht leichtfertig, sondern nur nach sorgfältiger Ueberlegung geschehen. Auch soll den Parteien hinreichende Zeit gegönnt sein, zu erwägen, ob sie Berufung ergreifen wollen[29]).

1) Die Eidesabnahme soll durch das Proceßgericht selbst geschehen. Demgemäß ist hiefür eine Sitzung zu bestimmen[30]). Ist der Schwurpflichtige wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit außer Stande, vor Gericht zu erscheinen, so ist die Eidesabnahme in dessen Wohnung anzuordnen. Letzteres kann auch aus anderen erheblichen Gründen verordnet werden z. B. aus Rücksichten der Delicatesse[31]). Die Anordnung erfolgt durch Urtheil des Proceßgerichts[32]), wenn der sie veranlassende Umstand schon jetzt eingetreten ist, in dem unter Ziffer I bezeichneten, andernfalls in einem nachträglichen Urtheil (Vertagungsurtheil). Eine solche Anordnung bedingt an und für sich nur eine Modification hinsichtlich des Ortes der Eidesabnahme und hat diese, wenn nicht etwas Anderes ausdrücklich bestimmt wird[33]), auch in der Wohnung des Schwurpflichtigen durch den betreffenden Senat des Gerichts stattzufinden.

Diese Grundsätze gelten für den Erfüllungs-, Schätzungs- und Offenbarungseid so gut, wie für den Haupteid[34]).

2) Ausnahmsweise kann in zwei Fällen die Eidesabnahme durch einen beauftragten Richter angeordnet werden[35]). Gegebenen Falls hat hierüber das eidauflegende Urtheil und, wenn der Anlaß hiezu erst später eintritt, ein weiteres Urtheil zu bestimmen. Dieses Urtheil ordnet übrigens weder die Eidesleistungstagfahrt selbst an, noch bestimmt es eine Frist, innerhalb deren das Gesuch um Tagfahrtsanberaumung beim beauftragten Richter zu stellen ist[36]).

a) Stehen erhebliche d. h. nicht leicht zu beseitigende Schwierigkeiten z. B. große Entfernung des Schwurpflichtigen oder absolute Hindernisse z. B. Krankheit desselben entgegen, daß der Eid in der Sitzung des Proceßgerichts abgenommen werde, so kann die Abnahme des Eides einem Einzelngerichte (also mit Ausnahme

29) Artikel 462 Pr. O. Abg. Prot. II, 251—252.
30) Artikel 460 Absatz 1 Pr. O.
31) Artikel 479 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 254.
32) Vgl. in Ansehung der gleichen Befugniß des beauftragten Richters §. 348.
33) Vgl. Ziffer 2 Littera b dieses §.
34) Ein bezügliches Urtheil könnte etwa lauten:
a) der Beklagte hat den ... Eid darüber zu schwören, daß ꝛc.
b) zur Entscheidung über etwaige Zwischenstreite, zur Eidesleistung und Schlußverhandlung wird Sitzung auf .... anberaumt.
35) Vgl. hannöv. Prot. 2859—2863.
36) Abg. Prot. II, 254. Vgl. §. 348. Eine Nichtigkeit läge aber wohl nicht vor, wenn in dem unter Ziffer 2 Litt. b zu erwähnenden Falle das Proceßgericht selbst sofort die Tagfahrt zur Eidesleistung bestimmen würde.

des unter Littera b zu erwähnenden Falles nicht einem Mitgliede des Proceßgerichts), nach Umständen auch einem ausländischen Gerichte oder, wenn hiegegen besondere Bedenken bestehen d. h. der Requisitionsvollzug nicht oder nicht in geeigneter Weise zu erwarten ist, der betreffenden bayerischen Gesandtschaft oder einem bayrischen Consulate übertragen werden[37]).

b) Ist die Eidesabnahme in der Wohnung des Schwurpflichtigen anzuordnen (vgl. Ziffer 1), so kann damit auch ein Mitglied des Proceßgerichts beauftragt werden[38]).

Da die, eine Eidesabnahme hindernde, Erklärung, Berufung gegen das Urtheil ergreifen zu wollen (Artikel 463 Absatz 1; vgl. §. 347 Ziffer I, 3), nicht blos in der zur Eidesleistung anberaumten Tagfahrt[39]) oder in der Zwischenzeit zwischen dieser und der Sitzung, in welcher auf den Eid erkannt worden ist[40]), — sondern schon in der letztbezeichneten Sitzung selbst abgegeben werden kann: so fragt sich, ob in solchem Fall durch das eidauflegende Urtheil (Artikel 460 Absatz 1 Pr. O.) gleichwohl Anordnung hinsichtlich der Eidesabnahme (Ziffer II) zu treffen oder ob nicht vielmehr diese Anordnung bis zum fruchtlosen Ablauf der Berufungsfrist auszusetzen sei. Ich glaube die Frage bejahen zu sollen. Denn der Artikel 463 Absatz 1 der Pr. O. enthält eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift, wonach nur die wirkliche und in giltiger Weise erfolgte Einlegung einer statthaften Berufung den Urtheilsvollzug aufschiebt[41]). Die Anordnung der Eidesabnahme aber ist unnöthig und zwecklos, wenn das Eidesurtheil noch in Frage gestellt wird. Etwas Anderes wäre es, wenn die Unstatthaftigkeit der in Aussicht gestellten Berufung jetzt schon klar vorläge z. B. wegen Mangels der Berufungssumme[42]).

Schließlich sei noch bemerkt, daß die Anordnung der Eidesabnahme durch einen beauftragten Richter dann, wenn nach Sachlage die Person des Schwurpflichtigen noch nicht definitiv feststeht, natürlich nicht in dem in Artikel 460 Absatz 1 bezeichneten, sondern in einem späteren Urtheile stattfinden muß.

## §. 344[1]).

Das Eidesurtheil hat einen wesentlich anderen rechtlichen Charakter, als das gewöhnliche Beweisurtheil[2]). Des Zusammenhangs wegen sind hier auch jene Eidesentscheidungen zu berühren, welche nach dem Gange des Verfahrens möglicher Weise dem in §. 343 dargestellten Urtheile nachgängig noch erlassen werden. Anlangend nun

---

37) Artikel 478 Absatz 1 Pr. O. Vgl. §§. 114, 323.
38) Artikel 479 Pr. O.
39) Vgl. §§. 347 und 349.
40) Artikel 460 Absatz 1 Pr. O. Vgl. §§. 345 und 348.
41) Artikel 827 Pr. O.
42) Abg. Prot. III, 91, 92.
1) Quellen zu Artikel 345 sieh' bei §. 250, zu Artikel 465 bei §. 238, zu Artikel 461 bei §. 346, zu Artikel 460 und 463 bei §. 343.
Quellen zu Artikel 332 Pr. O. sieh' bei §. 325.
2) Vgl. §. 325.

I. die Wirksamkeit des definitiv gesprochenen, aber noch nicht vollzogenen Eidesurtheils: so ist dasselbe

1) gleichviel, ob es auf den Erfüllungs-, Schätzungs-, Offenbarungs- oder Haupteid lautet, unter den allgemeinen Voraussetzungen selbständig appellabel [3]), folgerecht einerseits der Abänderung durch den höheren Richter unterworfen, anderseits der Rechtskraft fähig (bedingtes Endurtheil).

Die Entscheidung über den Haupteid involvirt indessen eine Mehrheit von Verfügungen, mögen diese nun in einem Urtheile zusammengefaßt oder in verschiedenen Urtheilen niedergelegt werden. Demgemäß fragt sich, welchen gerichtlichen Aussprüchen in Ansehung dieses Eides jene Wirksamkeit (vis definitivae) zukömmt. Es gehören aber dahin nur die definitiven, nicht die blos proceßleitenden, die decisiven, nicht jene Aussprüche, welche und soweit sie die Entscheidung vorbehalten. Vim definitivae haben:

a) Der richterliche Ausspruch über die Zulässigkeit und Erheblichkeit der Eidesdelation [4]).

Die etwa damit verbundene Aufforderung an den Delaten, sich binnen bestimmter Frist über Acceptation oder Relation zu erklären, ist an sich eine proceßleitende Verfügung. Sie wird aber von der Berufung gegen den Ausspruch über die Zulässigkeit 2c. der Delation mitergriffen [5]), ist mittelbar (unselbständig) appellabel.

In der Entscheidung über die Statthaftigkeit der Delation liegt zugleich der Ausspruch über die Verbindlichkeit des Delaten, den Eid anzunehmen, wenn er ihn nicht referiren will oder kann. Hinterher wird bei etwa entstandenen Differenzen nur noch untersucht, ob die vom Delaten erklärte Annahme in den Rahmen der zugelassenen Delation paßt [6]).

b) Der richterliche Ausspruch über die Statthaftigkeit der Eideszurückschiebung, — gleichviel ob solcher Ausspruch mit dem unter Littera a erwähnten Urtheile verbunden ist [7]) oder nach gepflogenem Schriftenwechsel gesondert ergeht [8]).

c) Der endgiltige Ausspruch über die Präcisirung des Eidessatzes [9]), welcher erst in der zur Eidesleistung anberaumten Sitzung ergeht.

Die vorläufige Festsetzung der Eidesformel im Sinne des Artikel 460 Absatz 1 der Pr. O. hat vim definitivae auch dann nicht, wenn das den Eid auflegende Urtheil die Rechtskraft be-

---

3) Artikel 683 Ziffer 1 Pr. O. Es ist im Auge zu behalten, daß Separataussprüche, welche einen angebotenen Eid 2c. als unzulässig erklären, selbständig nicht appellabel sind. Argum.: Urtheile, welche die Entscheidung von einer Eidesleistung abhängig machen."

4) Artikel 460 Absatz 1 Pr. O. Abg. Prot. II, 347.

5) Artikel 708 Pr. O.

6) Abg. Prot. II, 151.

7) Artikel 460 Absatz 1 Pr. O.

8) Artikel 460 Absatz 2 Pr. O.

9) Sieh' das vorhergehende Allegat.

schritten hätte [10]). Folgerecht ist insbesondere der Delat, welcher in der in Artikel 460 Absatz 2 bezeichneten Frist seine Erklärung abgegeben hat, durch den Ablauf dieser Frist nicht gehindert, bei der Eidesleistung selbst weitere Erklärung abzugeben und Aenderungen an der Eidesformel zu veranlassen, welche, wenn darüber Differenzen bestehen, durch neues Urtheil präcisirt werden. Erst was das Gericht hier definitiv als relevanten Bestandtheil des Eidessatzes erklärt hat, ist appellabel und der Rechtskraft fähig [11]).

2) Ist ein selbständig appellabler Ausspruch erfolgt, so kann dieser von dem Gerichte, das ihn erlassen hat, nicht mehr zurückgenommen oder geändert [12]), sondern muß auf Betreiben der fleißigen Partei, sofern nicht durch Appellation Einhalt geboten wird, [13]) vollzogen werden. In diesem Punct unterscheidet sich also das Eidesurtheil nicht von dem gewöhnlichen Beweisinterlocut, das eben auch vor seinem Vollzuge durch denselben Richter nicht zurückgenommen werden kann [14]). Nur beruht dieser Grundsatz bei dem nicht appellablen Beweisurtheil lediglich auf einer positiven Gesetzesbestimmung, während er bei dem Eidesinterlocut aus der innern Natur seiner Appellabilität fließt. Es wäre ein Selbstwiderspruch, wenn, während die Sache in appellatorio schwebt, der Erstrichter sein angefochtenes Urtheil zurücknehmen könnte und dies vielleicht zu derselben Zeit thäte, wo beim Appellationsgericht verhandelt und die Berufung verworfen wird [15]).

Diese Regel gilt unbedingt für Urtheile auf den Erfüllungs-, Schätzungs- und Offenbarungseid. Eine theilweise Ausnahme von derselben besteht für Urtheile auf den Haupteid.

Handelt es sich nämlich um den am Schlusse des Artikel 460 Absatz 2 der Pr. O. erwähnten Fall der Herbeiführung einer objectiv veränderten Sachlage durch neue thatsächliche Angaben des Schwurpflichtigen oder Vorlage weiterer Behelfe von der einen oder anderen Partei: so kann allerdings das Gericht eine neue Entscheidung erlassen und selbst weiteren Beweis anordnen, folglich das erlassene und sogar zur Rechtskraft erwachsene [16]) Eidesurtheil vor seinem Vollzuge zurücknehmen. Die Appellabilität dieser neuen Entscheidung richtet sich nach deren Natur. Geht sie auf Zulassung weiteren Beweises, so ist sie selbständig nicht appellabel; enthält sie ein Endurtheil, so ist sie unter den sonstigen Voraussetzungen der

10) Abg. Prot. II, 250.
11) Abg. Prot. II, 240—241, 251. Einen anderen Standpunct vertrat der Abgeordneten-Referent. Abg. Ref. II, 163—164.
12) Ausgenommen natürlich den Fall der Artikel 282—284 Pr. O.
13) Wirklich eingelegte Appellation oder formell erklärte Absicht Berufung zu ergreifen. Artikel 463 Absatz 1 Pr. O.
14) Vgl. Artikel 332 Pr. O.
15) Vgl. R. Prot. II, 114—116.
16) Sei es, weil das Urtheil wegen mangelnder Summe nicht appellabel war, oder die Berufungsfrist versäumt oder auf die Berufung verzichtet oder die eingelegte Berufung verworfen wurde, in welch' letzterem Fall die Sache an den Erstrichter zum weiteren Vollzuge zurückgeht. Artikel 730 Pr. O.

Berufung unterworfen. Die ganze Bestimmung ist abnorm. Sie wurde lediglich in der Absicht getroffen, unnöthige Eide zu verhüten [17]). Darum findet sie keine Anwendung auf den Fall, wenn das Gericht bei unveränderter thatsächlicher Lage das noch nicht vollzogene Eidesinterlocut nur deshalb zurücknehmen wollte, weil es selbst jetzt seine subjective Ansicht über die Erheblichkeit oder Zuläßigkeit des Eides geändert hat. Das Gericht ist vielmehr im letzterwähnten Falle nicht blos an den geleisteten Eid, sondern schon an das Urtheil auf den Eid gebunden [18]), muß danach die Eidesleistung vor sich gehen lassen und im Endurtheil sich an seine früher im Eidesinterlocut niedergelegte Ansicht halten [19]). Das Nähere hierüber in §. 346. Was endlich

II. die Wirksamkeit des vollzogenen Eidesurtheils betrifft, so ist zu beobachten, daß solcher Vollzug wie beim Endurtheile nicht blos nach, sondern schon vor erlangter Rechtskraft stattfinden kann, so lange nicht Berufung wirklich eingelegt bezw. die bezügliche Absicht wenigstens ausdrücklich und formell erklärt ist [20]).

1) Ist der Vollzug des Urtheils erfolgt, nachdem es bereits die Rechtskraft beschritten hatte: so gilt absolut und für alle Instanzen das Beschworene als wahr (der erlassene Eid dem geleisteten gleich), die Eidesweigerung [21]) als Zugeständniß des Gegentheils der zu beschwörenden Thatsache.

Demgemäß ist endlich zu erkennen. Das Gericht darf nunmehr weder eine objective Aenderung der Sachlage durch Zulassung neuer Thatsachen und Beweise gestatten, noch einer vom Eidesurtheil abweichenden subjectiven Ansicht über die Erheblichkeit und Zuläßigkeit des Eides Raum geben, noch endlich das nach dem Gesetz als wahr Anzunehmende für nicht erwiesen erklären, m. e. W. es darf weder zu Gunsten des Eidweigernden, noch zu Ungunsten dessen entscheiden, der geschworen hat.

In Rechtskraft aber ist ein definitives Eidesurtheil übergegangen, wenn es von einer zweiten Instanz erlassen wurde, oder die Berufungssumme nicht gegeben ist, oder bei dessen Vollzug die Berufungsfrist unbenützt verstrichen war, oder auf die Berufung verzichtet wurde (Artikel 695 Pr. O.), wohin u. A. insbesondere der Fall der Erlassung des Eides [22]), der Fall der Eidesleistung durch den Berufungsberechtigten und der Fall des Artikel 463 Absatz 2 der Pr. O. gehört.

2) Ist der Vollzug des Urtheils vor erlangter Rechtskraft erfolgt: so ist der höhere Richter, an welchen die Sache durch hinterherige, aber noch rechtzeitige, giltige und statthafte Berufung gebracht wird, an das vollzogene Urtheil so wenig gebunden, als an die Entscheidung auf den Eid.

---

17) Abg. Prot. IV, 101.
18) Artikel 345 Pr. O.
19) R. Prot. II, 114—116.
20) Artikel 463 Pr. O.
21) Artikel 460 Absatz 2, Artikel 465 Pr. O.
22) Artikel 465 Absatz 2 Pr. O.

Derselbe Richter aber ist an das vollzogene Eidesinterlocut in ganz gleicher Weise gebunden, wie im Falle Ziffer 1.

Allerdings wird es nicht häufig sein, daß ein Eidesurtheil, ehevor dasselbe in der einen oder anderen Weise die Rechtskraft beschritten hat, zum Vollzuge gelangt. Möglich ist dies namentlich dann, wenn der Eid vor Ablauf der Berufungsfrist vom Schwurpflichtigen in Abwesenheit des Gegners geleistet wurde[23]).

Während also das gewöhnliche Beweisinterlocut niemals rechtskräftig und gegen dessen Inhalt stets erkannt werden kann: ist das der Rechtskraft fähige Eidesurtheil, wenn nach erlangter Rechtskraft vollzogen, absolut, wenn vor erlangter Rechtskraft zum Vollzuge gebracht, wenigstens für dasjenige Gericht bindend, von welchem es erlassen wurde. Dies ist der wahre Sinn des Artikel 345 der Pr. O.

---

## III. Hauptstück.

# Schlußverhandlung auf selbständige Beweisführung mit Eiden.

## I. Capitel.

### Eidesabnahme vor dem Proceßgericht. Schlußverhandlung.

### §. 345 [1]).

I. Das Eidesurtheil muß der betreibende Theil ausfertigen und dem Gegner nach Maßgabe des Artikel 192 Absatz 2 der Pr. O. zustellen lassen, um in Gemäßheit des Artikel 210 Absatz 3 der Pr. O. nicht blos die Berufungsfrist [2]), sondern auch die Fristen zum Vollzug des Urtheils [3]) in Lauf zu bringen [4]).

---

23) Artikel 463 Absatz 2 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 463 und 479 Pr. O. sieh' bei §. 343:
Quellen zu Artikel 472 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 166; III, 54.
Abg. Prot. II, 252, 350, 370; IV, 102, 149.
R. Ref. I, 26, 95; II, 175—176.
R. Prot. II, 239; IV, 61.
Quellen zu Artikel 464 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 164—165; III, 54.
Abg. Prot. II, 252, 348, 349, 369; IV, 102, 148.
R. Ref. I, 26; II, 175.
R. Prot. II, 235; IV, 61.

2) Vgl. Artikel 363 und 683 Ziffer 1 Pr. O.

3) Vgl. z. B. Artikel 160 Absatz 2 Pr. O.

4) Artikel 331 Absatz 1 Pr. O.

Wird der Eid sofort in der Sitzung abgenommen, in welcher das Eidesurtheil publicirt wurde, so fällt Ausfertigung und Zustellung desselben natürlich hinweg. Auch können die Anwälte übereinkünftlich auf die Ausfertigung und Zustellung verzichten, indem sie dafür sorgen, daß in der anberaumten Eidestagfahrt die Betheiligten ohne Ladung erscheinen u. s. w., wobei freilich vorausgesetzt ist, daß keinerseits Berufung ergriffen werden will. Ist in der Sitzung, in welcher das Urtheil auf Eid erlassen werden soll, die schwurpflichtige Partei nicht gegenwärtig, so können die Anwälte, wenn sie in der Sache einig sind, die Urtheilspublication in eine spätere Sitzung vertagen lassen, wo dann mit Umgehung von Ausfertigung und Zustellung des Urtheils bei sonst gegebenen Voraussetzungen der betreffende Eid geleistet werden kann. Auf solchem Weg werden Kosten und Weitwendigkeiten erspart.

II. Auch hinsichtlich der Kundmachung der im Urtheil festgesetzten [5]) Eidesleistungstagfahrt an die Gegenpartei und deren Ladung hiezu gelten die allgemeinen Grundsätze über Beweisaufnahmen. Die Urtheilszustellung gilt als Vorladung der Gegenpartei [6]). Doch muß, wenn dies der Fall sein soll, die Zustellung wenigstens acht Tage vor der Eidesabnahmstagfahrt geschehen. Eine gesetzliche Fristerweiterung nach Artikel 209 der Pr. O. findet nicht statt; dagegen ist das Proceßgericht befugt, die Zeit, welche zwischen der Zustellung und Tagfahrt gesetzlich in Mitte zu liegen hat, im Urtheil nach Bedürfniß der Sache mit Rücksicht auf die Wohnorte und die sonstigen Verhältnisse der Parteien zu erweitern [7]). Ist dies unterlassen oder die Tagfahrt zu nahe angesetzt worden, so kann sich die betreffende Partei gegen Nachtheile durch Benützung der in den Artikeln 464 und 468 eröffneten Hilfsmittel schützen.

Erfolgt die Ladung nicht auf dem so eben bezeichneten Weg (Artikel 339), sondern eigens, so ist deren Zustellung an den Schwurpflichtigen selbst nicht erforderlich. Es genügt die Zustellung an seinen Anwalt, dessen Sache es ist die Partei zu verständigen. Das Gesetz macht hier von den allgemeinen Vorschriften keine Ausnahme [8]). Doch wird dieser Fall selten vorkommen, da der in Artikel 339 freigelassene Weg der Ladung der praktischere ist und die persönliche Ladung der Partei involvirt. Artikel 192 Absatz 2 und Artikel 210 Absatz 3 Pr. O.

Aus allgemeinen Vorschriften ergibt sich, daß diejenige Partei, welche eine andere zur Schwurtagfahrt laden läßt, hiemit als selbst vorgeladen gilt.

Im Uebrigen ist auf §. 330 zu erweisen, da die Eidesleistung nur eine besondere Art von Beweisaufnahme bildet.

III. Gleichviel ob es sich um die Abnahme eines Haupt- oder anderen Eides [9]) handelt, kann die zur Eidesleistung anberaumte Sitzung vertagt werden.

---

5) §. 343.
6) Artikel 339 Pr. O.
7) Artikel 331 Absatz 2 und 3 Pr. O.
8) Abg. Ref. II, 167; Abg. Prot. II, 252—253.
9) Artikel 472 Absatz 1 Pr. O.

1) Wird vor[10]) der zur Eidesabnahme festgesetzten Sitzung Bescheinigung[11]) darüber beigebracht, daß der Schwurpflichtige, bei einer Mehrzahl von solchen einer derselben zu erscheinen außer Stand ist, so ist eine weitere Tagfahrt zur Eidesleistung anzuordnen[12]). In dieser Vorschrift liegt eine Beschränkung der allgemeinen Bestimmungen über Tagfahrtsverlegung. (Artikel 213 Pr. O.)

Auch der Umstand, daß der Schwurpflichtige seine Wohnung wegen Krankheit nicht verlassen kann, kann selbstverständlich hinterher noch Anlaß nicht blos zur Verlegung der Tagfahrt in diese Wohnung, sondern auch zur zeitlichen Verschiebung derselben bieten.

2) Erhebt eine Partei, gleichviel ob die Schwurpflichtige oder ihr Gegner, nach anberaumter Eidestagfahrt gegen das eidauflegende Urtheil Berufung, so liegt hierin Veranlassung, die Tagfahrt bis auf Weiteres aufzuheben[13]).

Das Gesuch um Verlegung oder Aufhebung der Tagfahrt ist an das Proceßgericht zu richten und nach den allgemeinen Vorschriften zu behandeln[14]). In dem in Ziffer 2 erwähnten Falle können die Parteien die Eidestagfahrt circumduciren.

## §. 346[1]).

I. Das Verfahren bei der Tagfahrt zur Eidesleistung in der Sitzung ist nach allgemeinen Bestimmungen öffentlich. Artikel 148 und 149 der Pr. O.

II. Den Gegenstand der Tagfahrt bildet zunächst dasjenige, was nach Lage des einzelnen Falles zur Ergänzung des bisherigen Verfahrens noch nothwendig erscheint, — dann die Eidesabnahme, — endlich die Eidesschlußverhandlung.

In der ersterwähnten Richtung ist

1) vor Allem über die Streitigkeiten zu entscheiden, welche sich aus dem in Gemäßheit des Eidesurtheils gepflogenen Schriftenwechsel (§. 343 Ziffer I, 2) ergeben haben, namentlich über die Zulässigkeit der Eidesrelation[2]).

---

10) Oder in der Sitzung. Vgl. §. 347 init.
11) Nicht Beweis.
12) Artikel 464, 472 Absatz 1 Pr. O.
13) Artikel 363 Absatz 1 Pr. O.
14) Vgl. §. 271.
1) Quellen zu Artikel 463 sieh' bei §. 343, zu Artikel 465 bei §. 238.
Quellen zu Artikel 461 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 164.
Abg. Prot. II, 252, 348, 349, 369.
R. Ref. I, 26.
R. Prot. II, 235.
Quellen zu Artikel 468 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 164—165; III, 54.
Abg. Prot. II, 252, 349, 369; IV, 102, 148, 334, 367.
R. Ref. I, 26; II, 175.
R. Prot. II, 235; IV, 61.
2) Artikel 460 Absatz 2 Pr. O.

2) Der bisher nur provisorisch festgesetzte Eidessatz (§. 343 Ziffer I, 3) ist nunmehr definitiv festzusetzen [3]).

Bei der Eidesabnahme wird nämlich der Schwurpflichtige nicht etwa nur aufgefordert, einfach zu erklären, ob er die provisorisch festgesetzte Eidesformel beschwören wolle oder nicht, sondern er muß gleich dem Zeugen eine zusammenhängende Erzählung des Sachverhalts geben, etwaige Lücken seiner Erzählung auf Veranlassung des Vorsitzenden ergänzen u. s. w. Artikel 455 und 456 Pr. O. Diese Erzählung liefert das Material für die definitive Festsetzung des Eidessatzes. Ein besonderes Urtheil ist hierüber, wenn nicht zugleich Streitigkeiten oder Beanstandungen von Amtswegen vorliegen, nicht erforderlich. Die Eidesformel wird sofort präcisirt und der Eid abgenommen [4]). Macht jedoch hiebei

a) der Schwurpflichtige neue thatsächliche Angaben d. h. muß er einräumen, in seiner früheren Erklärung über den Eid Thatsachen unrichtig oder unvollständig angegeben zu haben, so daß, wenn er sich damals vollständig und wahrheitsgemäß erklärt hätte, auf den Eid nicht, sondern anders zu erkennen gewesen wäre, — oder werden hiebei

b) von der einen oder anderen Partei weitere Behelfe d. h. Urkunden [5]) producirt, von dem Schwurpflichtigen, um durch diese Urkunden allein oder in Verbindung mit sonstigen Beweismomenten volle Probe und so den Eid unnöthig und unstatthaft [6]) zu machen [7]), — von dem Beweispflichtigen, um unter Beseitigung des vielleicht schon acceptirten Eides anderen Beweis beizubringen [7]): so hat das Gericht diese Angaben und Behelfe im Zusammenhalt mit dem bereits vorliegenden Beweismateriale zu prüfen und, wenn die geänderte Sachlage es erfordert, eine neue Entscheidung zu erlassen, wobei nach Umständen auch weiterer Beweis angeordnet werden kann [8]). Artikel 328 Pr. O.

Ergibt sich, daß der einen oder andern Partei mit ihrem verspäteten Vorbringen eine Saumsal zur Last fällt, so treffen sie die bezüglichen Mehrkosten, auch wenn sie Siegerin bleibt.

Wird durch das betreffende Vorbringen oder die neuen Behelfe an der Sachlage nichts geändert, so bleibt es natürlich beim früheren Urtheil.

3) Der Schwurpflichtige kann selbst nach der definitiven Festsetzung des Eidessatzes frühere Behauptungen zurücknehmen oder Zugeständnisse machen und sich zu einer hienach beschränkten Eidesleistung erbieten [9]). Dies ist für sich klar. So kann z. B. der Schwurpflich-

---

3) Artikel 460 Absatz 2 Pr. O.
4) Abg. Prot. II, 348.
5) Welche natürlich dem Gegner zuvor mitgetheilt sein müssen. Artikel 172 Pr. O. Vertagung zu diesem Zweck nur aus erheblichen Gründen.
6) Artikel 457 Ziffer 4 Pr. O.
7) Vgl. Abg. Prot. II, 347; IV, 101.
8) Artikel 460 Absatz 2 i. f. Pr. O.
9) Artikel 461 Pr. O. Vgl. die vorhergehende Ziffer 2 des Contextes und die Artikel 255 und 456 der Pr. O. Abg. Prot. II, 241; IV, 101. Hannöver. Prot. 2852 ff.

tige sich erbieten, über ein anderes Quantum rc. zu schwören. Nur von einer Aenderung des Eidessatzes zu seinem Vortheil kann keine Rede sein, da es sich nur mehr um einen etwaigen Verzicht des Schwurpflichtigen handelt. Ergibt sich, daß die Erklärung des Schwurpflichtigen eine von ihm schuldhaft verspätete ist, so treffen ihn die hiedurch verursachten Kosten besonders. (Vgl. Abg. II, 164).

Aber nicht blos eine Aenderung der definitiv festgesetzten Eidesformel, sondern selbst eine Aenderung in Ansehung der Person des Schwurpflichtigen kann das Eidesurtheil noch unmittelbar vor der wirklichen Eidesabnahme erfahren. Dies ergibt sich folgerungsweise aus Artikel 481 der Pr. O. Denn was vor dem beauftragten Richter zulässig, das muß a fortiori auch statthaft sein vor dem Proceßgericht.

Indessen sind immerhin zwei Fälle zu unterscheiden. Beruht die Aenderung der Eidesformel oder Person des Schwurpflichtigen auf freiwilliger Verständigung der Parteien, so besteht gegen die Eidesabnahme in Gemäßheit derselben kein Hinderniß. Einigen sich die Parteien nicht, so ist Urtheil zu erlassen. Handelt es sich lediglich um eine Beschränkung der Eidesformel im Sinne des Artikel 461 der Pr. O., so ist nach Sachlage zu entscheiden; handelt es sich aber darum, daß die schwurpflichtige Partei hinterher den Eid auf den Gegner wider dessen Willen überwälzen will, so ist dieser Versuch als unstatthafte Aenderung eines definitiven Eidesurtheils zu verwerfen.

III. Hinsichtlich der Vertretung der Parteien gelten die allgemeinen Grundsätze. Anträge und Gegenanträge kann nur der Anwalt stellen (Verhandlung). Vgl. §. 335 Ziffer IV. Insoweit es sich aber um den Act der Eidesleistung handelt (Beweisaufnahme), ist eine Vertretung der schwurpflichtigen Partei ausgeschlossen, weil sie den Eid persönlich leisten muß [10]).

IV. Anlangend das Erscheinen der Parteien in der Tagfahrt, so sind zwei Fälle zu unterscheiden.

1) Es liegt die endliche Entscheidung über den Eid noch nicht vor. Dieser Fall kann nur beim Haupteid in Folge des nach Artikel 460 Absatz 2 der Pr. O. gepflogenen Schriftenwechsels gegeben sein. Vgl. Ziffer II, 1.

Erscheint kein Anwalt, so ist die Tagfahrt als circumducirt zu betrachten. Streichung der Sache vom Hauptverzeichniß. Dies gilt selbst, wenn der nach Sachlage Schwurpflichtige in Person erschienen wäre. Denn verhandeln kann er ohne Anwalt nicht, ebensowenig aber den Eid leisten, da derselbe erst auf Verhandlung definitiv festzustellen ist.

Erscheint der Anwalt nur einer gleichviel welcher Partei, so ist auf dessen einseitigen Antrag der Eid definitiv festzusetzen. Artikel 346 Pr. O. Sofort geleistet kann aber der Eid auch in diesem Falle nicht werden, selbst nicht, wenn der nach der definitiven Entscheidung Schwurpflichtige persönlich anwesend wäre. Denn das

10) Artikel 473 Absatz 1 Pr. O.

Urtheil, welches zugleich neuerliche Schwurtagfahrt anzuberaumen hat, ist hier erst dem nicht erschienenen Gegner zuzustellen u. s. w.

Erscheinen die Anwälte beider Parteien, so wird auf Grundlage des gepflogenen Schriftenwechsels verhandelt und das definitive Eidesurtheil erlassen. Ist der in Gemäßheit der Eideszuschiebung auferlegte Haupteid (Artikel 460 Absatz 1), zu dessen Leistung die Sitzung anberaumt war, zurückgeschoben worden, so kann in dieser Sitzung nur dann sofort zur Eidesabnahme geschritten werden, wenn der schwurpflichtige Relat anwesend und zur Leistung erbötig [11]), auch vom Gegner Berufungsvorbehalt nicht erklärt ist (Artikel 463 Pr. O.) [12]). Ist Relat nicht anwesend oder zur Eidesleistung zur Zeit nicht erbötig, so bestimmt das Gericht hiefür eine weitere Sitzung. Ist Berufungsvorbehalt von der einen oder anderen Seite gemacht, so wird die Sitzung bis auf Weiteres aufgehoben.

2) Es liegt ein definitives Eidesurtheil vor. Ein solches ist gegeben, wenn auf den Erfüllungs=, Schätzungs= oder Offenbarungs=, und auch wenn außer dem unter Ziffer 1 erwähnten Falle auf den Haupteid erkannt ist.

a) Erscheint in der zur Eidesabnahme festgesetzten Sitzung keiner der Parteianwälte, so ist, wenn auch der Schwurpflichtige ausgeblieben ist, die Tagfahrt als circumducirt zu betrachten. Die Sache ruht bis auf weiteren Parteibetrieb. Streichung vom Hauptverzeichniß.

Ist zwar kein Anwalt, aber der Schwurpflichtige in Person erschienen und zur Eidesleistung erbötig, so ist ihm der Eid abzunehmen. Sache der Anwälte ist es, die Schlußverhandlung zu betreiben. In der Sitzung, in welcher die Eidesabnahme stattgefunden hat, kann nicht zum Schlusse verhandelt werden, auch nicht einseitig (Artikel 346 Pr. O.), weil der Schwurpflichtige wohl die ihm persönlich obliegende Eidesleistung bethätigen, nicht aber ohne Anwalt verhandeln kann [13]).

b) Erscheint nur ein Anwalt und zwar jener der schwurpflichtigen Partei mit dieser, so erfolgt die Eidesabnahme, wenn letztere zur Leistung erbötig ist, worauf deren Anwalt das Endurtheil beantragen kann [14]).

Die Tagfahrt ist circumducirt, wenn zwar der Anwalt des Schwurpflichtigen aber dieser nicht und auch der Gegenanwalt nicht erschienen ist.

Ist der Gegenanwalt des Schwurpflichtigen und der Letztere, aber dieser ohne Anwalt erschienen und schwurbereit, so erfolgt die Eidesabnahme [15]). Der Gegenanwalt kann hierauf sofort das Endurtheil beantragen [16]).

Ist von Seite der schwurpflichtigen Partei weder diese noch ihr Anwalt erschienen, so gilt der Eid als verweigert und auf

11) Artikel 462 Absatz 2 Pr. O.
12) Vgl. die nachfolgende Ziffer 2 Litt. c des Contextes.
13) Artikel 340 Pr. O.
14) Artikel 344 und 346 Pr. O.
15) Artikel 340 Pr. O.
16) Artikel 344 und 346 Pr. O.

des erschienenen Gegenanwalts Antrag ist sofort Endurtheil zu erlassen [17]). Ueber den Einspruch gegen dieses Urtheil vgl. Artikel 468 Pr. O. und die folgende Littera c.

c) Auch wenn die Anwälte beider Parteien erschienen sind, kann der Zweck der Tagfahrt ganz oder theilweise vereitelt werden.

Ist unter der bezeichneten Voraussetzung zwar der Schwurpflichtige ausgeblieben, aber Bescheinigung [18]) darüber beigebracht, daß derselbe zu erscheinen sich außer Stand befindet, so ist eine weitere Tagfahrt zur Eidesleistung anzuordnen [19]). Erfolgt eine solche Vertagung nicht, sei es, weil das Ausbleiben des Schwurpflichtigen unentschuldigt bezw. kein Vertagungsgesuch gestellt ist, oder weil das gestellte Gesuch wegen mangelnder Bescheinigung rc. verworfen wurde: so gilt der Eid als verweigert (Artikel 465 Absatz 3 Pr. O.). Gegen das in diesem wie in dem Falle, welcher unter Littera b a. E. erwähnt wurde, auf Annahme von Eidesverweigerung erlassene Urtheil kann die schwurpflichtige Partei Einspruch auch dann erheben, wenn ihr Anwalt bei der Eidesleistungstagfahrt gegenwärtig war, aber keinen Antrag auf Vertagung gestellt hat oder dieser wegen nicht genügender Bescheinigung der Verhinderung verworfen wurde (Artikel 468 Pr. O.). Der Einspruch muß innerhalb einer unerstreckbaren, jedoch gegebenen Falls mit Rücksicht auf den Wohnort der Partei rc. nach Artikel 209 der Pr. O. gesetzlich erweiterten und der Unterbrechung nach Artikel 211 unterworfenen Frist von acht Tagen, gerechnet von Zustellung des Urtheils an die Partei [20]) mittels Anwaltsactes [21]) geltend gemacht werden. Der Einspruchsact hat die Einspruchserklärung sowie deren Begründung d. h. das Anerbieten [22]) des Beweises [23]) der Verhinderung [24]) zu enthalten. In Ansehung des Verfahrens ist also dieser Einspruch fast ganz dem gewöhnlichen Einspruch gegen Versäumungsurtheile [25]) gleichgestellt. In materieller Hinsicht bildet derselbe eine besondere Art von Opposition, welche Merkmale sowohl der Incidentrestitution [26]), als der **restitutio contra sententiam** [27]) und des gewöhnlichen

17) Artikel 465 Absatz 3, Artikel 344 und 346 Pr. O. Vgl. Littera c.
18) Nicht Beweis.
19) Artikel 464 Pr. O. Vgl. §. 345.
20) Artikel 192 Absatz 2, Artikel 210 Absatz 3 Pr. O.
21) Artikel 311 ff. Pr. O.
22) Nicht schon Production. „Anerbieten" statt des nach einem früheren Beschlusse gewählten Ausdrucks „Beweisantretung", in Gemäßheit der im 9. Hauptstück der Pr. O. angenommenen Terminologie und der Auffassung des Beweisstadiums im Systeme des Gesetzbuchs. R. Ref. II, 175.
23) Nicht bloser Bescheinigung. Der Grund ist, weil es sich um Vollstreckung eines Urtheils handelt, das u. U. nach vorgängigem Gehör erlassen ist. Abg. Prot. II, 252.
24) Im Sinne von Artikel 464, 216 der Pr. O. Ueber das Vorhandensein der Voraussetzungen der Verhinderung entscheidet das billige Ermessen des Gerichts.
25) Artikel 309 ff. Pr. O.
26) Artikel 216 und 217 Pr. O.
27) Artikel 761 ff. Pr. O.

Einspruchs gegen Versäumungsurtheile [28]) aufweist und doch sich von allen diesen Hilfsmitteln wesentlich unterscheidet. Sie bezielt zugleich die Beseitigung der Präclusion einer einzelnen Beweishandlung, der Eidesleistung auf Grund nachgewiesener Verhinderung [29]), die Wiederaufhebung der Folgen einer etwa auch vom Anwalte versäumten Verhandlung [30]) und die Zurücknahme eines gesprochenen, von dieser Opposition abgesehen vielleicht rechtskräftigen Urtheils durch denselben Richter [31]).

Sind sämmtliche Anwälte und auch der Schwurpflichtige in Person erschienen, so kömmt es zum Zwecke der Tagfahrt, der Eidesabnahme 2c., vorausgesetzt, daß nicht Berufungsvorbehalt (Artikel 363 Pr. O.) entgegensteht.

Gleichviel ob der Schwurpflichtige neben sämmtlichen Anwälten erschienen ist oder nicht, kann der Zweck der Tagfahrt noch aus einem anderen Grunde vereitelt werden. Die Eidesabnahme ist nämlich nur dann unbedingt zulässig, wenn die definitive Eidesentscheidung bereits zur Rechtskraft erwachsen ist oder doch, falls die Berufungsfrist noch im Laufe [32]), auch bei der Eidestagfahrt keinerseits angefochten wird. Erklärt bei noch laufender Berufungsfrist eine Partei in der Eidesleistungstagfahrt, daß sie Berufung [33]) gegen das Eidesurtheil ergreifen wolle, so darf zur Eidesabnahme vorläufig nicht geschritten werden und ist die Tagfahrt bis auf Weiteres abzubrechen [34]), es sei denn, daß die in Aussicht genommene Berufung sich offenbar als unstatthaft darstellt [35]). Die sofortige Vorlage eines bereits zugestellten Appellacts ist nicht gefordert; es genügt die Erklärung der einen oder andern Partei, appelliren zu wollen. Hat aber die bei der Eidesabnahme gegenwärtige Partei [36]) oder deren betreffender Theil die Eidesleistung ohne die Erklärung, Berufung ergreifen zu wollen, geschehen lassen, so wird angenommen, daß sie [37]) auf die Berufung im betreffenden Punct verzichte [38]). Würde der Eid in Abwesenheit der Gegenpartei geleistet, so ist diese nicht gehindert, späterhin noch Berufung gegen das eidauflegende Urtheil zu ergreifen [39]).

---

28) Artikel 309 ff. Pr. O.
29) Merkmale von Incidentrestitution. Vgl. Artikel 215—217, 340, 465 Absatz 3 Pr. O.
30) Merkmale von gewöhnlichem Einspruch. Vgl. Artikel 346 Pr. O.
31) Merkmale von gewöhnlichem Einspruch und restit. c. sent.
32) Soviel möglich soll überhaupt die Tagfahrt auf eine Zeit festgesetzt werden, wo die Berufungsfrist schon abgelaufen sein wird.
33) Dies gilt nicht auch von der Richtigkeitsbeschwerde.
34) Artikel 463 Absatz 1 Pr. O.
35) Vgl. §. 343 Ziffer II.
36) D. h. die nach Artikel 341 legal vertretene Partei. Auch wenn der Anwalt gegenwärtig wäre, sich aber passiv verhält und in die Verhandlung nicht eintritt, gilt die Partei als unvertreten. Artikel 253 Pr. O. Abg. Prot. II, 252.
37) Bezw. der gegenwärtige Theil.
38) Artikel 363 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §. 345.
39) Abg. Prot. II, 252.

## §. 347 [1]).

Die Erfordernisse eines rechtswirksamen Eidesabnahme = Actes beziehen sich auf die Person des Schwurpflichtigen und den Modus der Eidesleistung.

Der Eid muß von dem Schwurpflichtigen [2]) in Person geleistet werden [3]). Haben mehrere Personen, Streitgenossen rc. zu schwören, so soll Jeder einzeln den Eid leisten [4]).

Der Eidesleistung hat eine der Persönlichkeit des Schwörenden angemessene Belehrung über die Bedeutung des Eides und die Folgen des Meineides, etwa unter Ablesung der betreffenden Artikel des Strafgesetzbuchs, sowie erforderlichen Falls über den Sinn des zu beschwörenden Satzes vorauszugehen [5]). Da bei fälschlicher Ableistung des Offenbarungs- und Schätzungseides nicht der Meineid [6]), sondern die dabei unterlaufene Betrugshandlung, Unterschlagung rc. bestraft wird, so ist hiebei die Belehrung auf diese und die moralischen Folgen des falschen Eides zu richten [7]).

Der Eid wird mit den Anfangsworten:

„Ich schwöre bei Gott, dem Allmächtigen und Allwissenden"

und mit den Schlußworten:

„So wahr mir Gott helfe"

geleistet. Betheuerungsformel, Stabung. Gehört der Schwurpflichtige einem Religionsbekenntnisse an, welches die förmliche Eidesleistung nicht gestattet z. B. dem der Mennoniten, so hat an Stelle der obigen Formel

---

1) Quellen zu Artikel 473 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 166—167.
Abg. Prot. II, 252—253, 350, 370.
R. Prot. II, 239.
Quellen zu Artikel 474 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 166—167.
Abg. Prot. II, 253, 350, 370.
R. Prot. II, 239.
Quellen zu Artikel 475 Pr. O:
Abg. Ref. II, 166—167; III, 54.
Abg. Prot. II, 253, 350, 370; IV, 102, 149.
R. Ref. II, 176.
R. Prot. II, 239; IV, 61.
Quellen zu Artikel 476 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 167.
Abg. Prot. II, 253, 350, 370.
R. Prot. II, 239.
Quellen zu Artikel 477 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 167; III, 54.
Abg. Prot. II, 253, 350, 370; IV, 102, 105, 149.
R. Ref. II, 176.
R. Prot. II, 239; IV, 61.

2) Welcher nicht immer identisch mit der Partei ist.

3) Artikel 473 Absatz 1 Pr. O. Vgl. hannöver. Prot. 2819—2827.

4) Vgl. hannöv. Prot. 2871—2872.

5) Artikel 475 Pr. O. Vgl. hannöv. Prot. 2863—2869.

6) Artikel 195 Strf. Ges. B.

7) Abg. Prot. II, 253.

eine dem Bekenntnisse des Schwurpflichtigen entsprechende Betheuerung zu treten [8]). Im Uebrigen wird auf das bei der Lehre vom Zeugeneid hinsichtlich der Betheuerungsformel Gesagte verwiesen [9]).

Der Schwörende hat in der Regel den ganzen Inhalt des in Gemäßheit der Artikel 455 und 456 der Pr. O. vom Gerichte formulirten Eidessatzes nachzusprechen. Ist dies nicht wohl thunlich, weil der Eidessatz zu umfangreich und verwickelt erscheint, so kann, wenn dies das Gericht für angemessen erachtet, der Eidessatz vorgelesen und vom Schwörenden nur die Betheuerungsformel, in welche eine Hinweisung auf den vorgelesenen Eidessatz aufzunehmen ist, nachgesprochen werden [10]).

Die Eidesleistung hat in der Regel mündlich und in deutscher Sprache stattzufinden. Doch bestehen von dieser Regel einige Ausnahmen. Taube, welche lesen können, haben, nachdem ihnen die vorgeschriebene Belehrung und die schriftlich abgefaßte Eidesformel, in welche der festgesetzte Eidessatz einzurücken ist, zum Durchlesen vorgelegt worden, die letztere laut abzulesen. Stumme und Taubstumme, welche lesen und schreiben können, haben sich nach Anhörung oder Durchlesung der Belehrung und der Eidesformel mit Eidessatz schriftlich zu erklären, ob sie den Eid leisten wollen. Sie leisten den Eid dadurch, daß sie die Eidesformel d. h. den Eidessatz mit der Betheuerungsformel vor Gericht niederschreiben und unterzeichnen [11]). Tauben und Stummen, welche nicht lesen bez. nicht lesen und schreiben können, darf, auch wenn sie den Eid in einer Zeichensprache, der sie mächtig sind, leisten könnten, kein Eid auferlegt resp. abgenommen werden [12]).

Ist der Schwörende der deutschen Sprache nicht mächtig, so muß die Belehrung und Eidesformel durch einen beeidigten Uebersetzer in eine ihm geläufige Sprache übersetzt und die Eidesformel in dieser Sprache von ihm nachgesprochen werden [13]). Die Pr. O. gibt diese Sondervorschrift neben der einschlägigen allgemeinen Bestimmung in Artikel 163. Nach dem Regierungsentwurf [14]) sollte die Beiziehung eines Uebersetzers unterlassen werden dürfen, wenn der die Beeidigung vornehmende Richter der fremden Sprache mächtig ist. Wegen der Seltenheit des Falles, und weil, wenn er vorkäme, sich besondere Schwierigkeiten daraus nicht ergeben würden, wurde diese Vorschrift gestrichen [15]). Jedenfalls wird wenn der Richter der fremden Sprache nicht mächtig ist, der Uebersetzer das richtige Nachsprechen der Eidesformel controliren und dem Gerichte bestätigen müssen.

Daß und wie die Eidesleistung geschehen, ist im Urtheilsbuch zu beurkunden, entweder eigens nach Artikel 248 und 281 der Pr. O. oder im Urtheilssatze z. B. „das Gericht ertheilt Urkunde, daß N. N. den ihm

---

8) Artikel 473 Pr. O.
9) Abg. Ref. II, 167.
10) Artikel 474 Pr. O.
11) Artikel 476 Pr. O.
12) §. 207, 214, 215, 216, 255.
13) Artikel 477 Pr. O.
14) Artikel 440.
15) Abg. Prot. II, 220, 253.

durch Urtheil . . . . auferlegten Eid in heutiger Sitzung durch Nachsprechen (oder wie sonst) dahin abgeleistet hat: ich schwöre ꝛc."

An die Eidesleistung oder erklärte Eidesverweigerung schließt sich die Schlußverhandlung nach den allgemeinen Vorschriften an. Artikel 344 Absatz 1, Artikel 346 Pr. O.

## II. Capitel.

## Eidesabnahme vor dem beauftragten Richter. Schlußverhandlung.

### §. 348.

I. Soll die Eidesabnahme durch einen beauftragten Richter vollzogen werden [2]), so hat vor Allem der betreibende Theil die Ausfertigung und Zustellung des Urtheils nach den in §. 345 Ziffer I dargestellten Grundsätzen bethätigen zu lassen. Hiernächst ist es

II. Sache des fleißigeren Theils, die Festsetzung der Tagfahrt zur Eidesabnahme beim beauftragten Richter zu betreiben. Hinsichtlich

1) der Voraussetzungen eines solchen Betriebsgesuchs ist zu unterscheiden, ob es sich um die Abnahme eines Erfüllungs-, Offenbarungs- oder Schätzungseides, oder um die Abnahme eines Haupteides handelt.

Ersterenfalls kann das Gesuch gestellt werden, so lange gegen das betreffende Urtheil Berufung noch nicht eingelegt, bezw. wenn die eingelegte Berufung erledigt ist, oder das Urtheil sonst in Rechtskraft besteht.

Letzterenfalls ist die Stellung des Gesuchs neben der eben erwähnten allgemeinen Vorbedingung noch an weitere Voraussetzungen geknüpft.

Das Gesuch ist überhaupt nicht zu stellen, wenn das eidauflegende Urtheil zugleich die in Artikel 460 Absatz 2 der Pr. O. vorgesehene Frist zur Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung des Eides vorgesetzt hat und diese Frist vom Delaten versäumt wurde. Da hiemit das Präjudiz der Eidesverweigerung vom Delaten verwirkt ist, ist auch das Commissorium des beauftragten Richters gegenstandlos geworden und es erübrigt für den Deferenten nur noch, die Sache im gewöhnlichen Weg [3]) zur Schlußverhandlung vor das

---

1) Quellen zu Artikel 478 und 479 sieh' bei §. 343.
Quellen zu Artikel 480 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 164—165.
Abg. Prot. II, 250—252, 253—254, 350, 370.
R. Prot. II, 239.
Quellen zu Artikel 481 Pr. O.
Abg. Ref. II, 167—168.
Abg. Prot. II, 254—255, 350, 370.
R. Prot II, 239.

2) Vgl. §. 343 Ziffer II, 2.

3) Artikel 344 Absatz 2 Pr. O.

Proceßgericht zu bringen, wo nunmehr zu seinen Gunsten Endurtheil erlassen wird.

Hat der Delat im ebenerwähnten Falle zwar seine Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung rechtzeitig zustellen lassen, es besteht aber nach dem gepflogenen Schriftenwechsel Streit über die Zulässigkeit der Zurückschiebung oder die Art der Acceptation, den Eidessatz ꝛc., so ist das Commissorium noch nicht vollziehbar, folglich die Stellung eines Betriebsgesuches zur Zeit zu unterlassen, vielmehr die Sache in der für Incidentstreitigkeiten vorgeschriebenen Weise[4]) zur Verhandlung und Entscheidung an das Proceßgericht zu bringen.

Dagegen steht der Stellung des Betriebsgesuchs kein Hinderniß im Wege:

a) Wenn das im Sinne des Artikel 460 Absatz 1 der Pr. O. erlassene Eidesurtheil nach Maßgabe der bezüglichen Verhandlung sofort definitiv nicht blos über Erheblichkeit und Zulässigkeit der Delation, sondern auch über Annahme oder Zurückschiebung des Eides erkannt hat.

b) Wenn der nach Erlassung des Urtheils über die Eidesdelation (Artikel 460 Absatz 1 Pr. O.) bestandene Parteistreit über Annahme oder Zurückschiebung des Eides (Artikel 460 Absatz 2) durch weiteres Urtheil des Proceßgerichts definitiv erledigt ist[5]).

c) Wenn zwar nur Urtheil über die Eidesdelation (Artikel 460 Absatz 1) mit der Auflage an den Delaten ergangen ist, sich binnen bestimmter Frist über Annahme oder Zurückschiebung im Sinne des Artikel 460 Absatz 2 zu erklären, — aber auch der betreffende Schriftenwechsel zum Einverständnisse der Parteien darüber geführt hat, von welcher derselben und in welcher Formel der Eid geschworen werden soll. Einer weiteren Entscheidung des Proceßgerichts bedarf es in diesem Falle vorerst nicht. Der betreibende Theil legt dem beauftragten Richter das bezügliche Urtheil, sowie die gewechselten Anwaltsacte vor mit dem Beifügen, daß der ursprünglich in dieser oder jener Formel aufgegebene Eid durch gegenseitige Vereinbarung in der einen oder andern Weise modificirt oder referirt, oder nach Inhalt des Urtheils vom Delaten zu schwören sei. Der beauftragte Richter ist in jedem solchen Falle zum Vollzuge des Commissoriums ohne Weiteres befugt bezw. verpflichtet[6]).

2) Bei gegebenen Voraussetzungen kann **jede Partei**[7]), die schwurpflichtige wie ihr Gegner, der vielleicht am Weiterbetrieb des Processes das größere Interesse hat, das Betriebsgesuch stellen. Eine Präclusivfrist besteht daher so wenig, wie beim Sachverständigen- und Augenscheinsbeweise[8]). In dem beiderseitigen Rechte des Wei-

4) Artikel 342 Pr. O.
5) Vgl. Ziffer 1 a linea fünf.
6) Abg. Prot. II, 255.
7) Artikel 478 Absatz 2 Pr. O.
8) Artikel 397 Absatz 2, Artikel 438 Absatz 2 Pr. O. Anders beim Zeugenbeweis, Artikel 406 Pr. O.

terbetriebs der Sache liegt eine genügende Garantie gegen Verschleppung des Processes zum Nachtheil einer Partei. Demselben Gedanken folgt das Gesetz bei den Vorschriften über den Eintrag in das Hauptverzeichniß. Enthalten sich beide Theile der Stellung des Betriebsgesuchs und lassen hiemit den Streit ruhen, so ist dies ihre Sache [9]).

3) Hinsichtlich der Anfertigung und Einreichung des Gesuchs gilt im Allgemeinen dasselbe, was von Gesuchen auf Betrieb des Augenscheins-, Experten- und Zeugenbeweises gesagt wurde.

Dem Gesuche sind die einschlägigen Actenstücke d. h. das die Eidesauflage und das bezügliche Commissorium enthaltende Urtheil, sowie die etwa in Gemäßheit des Artikel 460 Absatz 2 der Pr. O. gewechselten Anwaltsschriftsätze beizufügen [10]), — Actenstücke, die der beauftragte Richter eben haben muß, um sich daraus für den Vollzug seines Auftrags, namentlich die unter Ziffer 1 beregten Voraussetzungen des Vollzugs zu informiren. Stellt diejenige Partei das Betriebsgesuch, welche die Urtheilsausfertigung erwirkt hat, so fügt sie eben diese Ausfertigung selbst bei; wird das Gesuch von deren Gegner gestellt, so legt er die ihm zugestellte Abschrift der Urtheilsausfertigung bei, ganz so wie bei Betriebsgesuchen in anderen ähnlichen Fällen z. B. in Artikel 406 Absatz 2 der Pr. O. [11]). Am besten thut der betreibende Anwalt, wenn er dem beauftragten Richter seine sämmtlichen Acten übergibt [12]).

Soll die Eidesabnahme durch ein ausländisches Gericht oder einen bayrischen Gesandten oder Consul bethätigt werden, so gelten für den parteilichen Betrieb des Requisitionsvollzugs die allgemeinen Bestimmungen [13]).

III. Ueberzeugt sich der beauftragte Richter durch die Prüfung der Acten, daß die Voraussetzungen zum Vollzuge des Commissoriums gegeben sind, so setzt er seine, die Anberaumung der Schwurtagfahrt enthaltende Verfügung in Urschrift auf das Betriebsgesuch selbst, mit welchem sie durch die Gerichtsschreiberei dem betreibenden Anwalt zur Bemessung seiner weiteren Obliegenheiten, Erscheinen bei der Tagfahrt, Ladung des Gegners &c. hinausgegeben wird. Des Weiteren ist auf §. 328 Z. II zu verweisen.

IV. Gleichviel, ob es sich um einen Haupt- [14]) oder anderen Eid [15]) handelt, ist die anberaumte Schwurtagfahrt auf einen anderen Tag zu verlegen, wenn vor- oder in derselben Bescheinigung darüber beigebracht wird, daß der Schwurpflichtige zu erscheinen außer Stand ist [16]). Ist der Schwurpflichtige durch Krankheit oder Gebrechlichkeit verhindert, seine Wohnung zu verlassen, so kann der beauftragte Richter schon ursprünglich (Ziffer III) oder nachträglich die Tagfahrt in dessen Wohnung verlegen

9) Abg. Prot. II, 254.
10) Artikel 478 Absatz 3 Pr. O.
11) Vgl. §. 328. Abg. Prot. II, 255.
12) Vgl. Artikel 341 Pr. O.
13) Vgl. §. 114.
14) Artikel 464 Pr. O.
15) Artikel 472 Absatz 1 Pr. O.
16) Vgl. §. 345, 346.

und bei dieser Gelegenheit selbstverständlich die bereits anberaumte Tagfahrt verschieben [17]). Aus anderen Gründen als dem angegebenen kann nur das Proceßgericht, nicht der beauftragte Richter die Eidesabnahme in der Wohnung des Schwurpflichtigen verfügen [18]). Für das Gesuch um Verlegung der Tagfahrt gelten im Uebrigen die allgemeinen Vorschriften [19]). Es ist natürlich stets an den beauftragten Richter als denjenigen zu richten, der die Tagfahrt anberaumt hat.

Erhebt seine Partei nach anberaumter Tagfahrt Berufung gegen das Eidesurtheil (Artikel 463 Pr. O.), so ist dies Veranlassung, die Tagfahrt bis auf Weiteres aufzuheben.

Im Uebrigen ist auf §§. 345 und 346 zu verweisen.

V. Für die Ladung der Parteien zur Tagfahrt gelten die allgemeinen Vorschriften über die Ladung, bezw. die Kundmachung der Beweisaufnahmstagfahrt. Hienach gilt die Zustellung des die Eidestagfahrt festsetzenden Beschlusses (Artikel 338) als Vorladung der Gegenpartei [20]). Diese Zustellung muß wenigstens acht Tage vor der Tagfahrt erfolgen. Gesetzliche Fristerweiterung findet hiebei nicht statt. Dagegen ist der beauftragte Richter befugt, in seiner Verfügung (Ziffer III) die Zeit, welche zwischen der Zustellung und Tagfahrt gesetzlich in Mitte zu liegen hat, nach Bedürfniß der Sache mit Rücksicht auf die Wohnorte und die sonstigen Verhältnisse der Parteien zu erweitern [21]).

Persönliche Ladung des Schwurpflichtigen ist nicht erforderlich; es genügt die Zustellung an seinen Anwalt [22]).

Die Partei, welche die andere zur Schwurtagfahrt hat laden lassen, gilt hiemit als selbst vorgeladen.

Im Uebrigen wird auf §. 330 verwiesen.

## §. 349.

I. Bei der Eidesabnahme vor dem beauftragten Richter ist die Oeffentlichkeit des Verfahrens nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen [1]). Nicht minder

II. Gelten bezüglich der Vertretung der Parteien die allgemeinen Vorschriften [2]). Daß die schwurpflichtige Partei sich, was den Eidesleistungsact betrifft, nicht vertreten lassen kann, ist selbstverständlich.

III. Der Zweck der Tagfahrt kann aus verschiedenen Gründen vereitelt werden.

Erscheint weder eine Partei persönlich, noch irgend ein Vertreter der Parteien, welchem Falle das allseitige Nichthandeln an der Tagfahrt gleichsteht, so ist diese circumducirt und die Sache ruht bis auf weiteren

---

17) Artikel 479 Absatz 1 Pr. O.
18) Vgl. auch Abg. Prot. II, 254.
19) Vgl. §. 271.
20) Artikel 339 Pr. O.
21) Artikel 338 Pr. O.
22) Abg. Ref. II, 166; Abg. Prot. II, 252—253.
1) Artikel 341 Pr. O. Vgl. §. 335 Ziffer II.
2) Artikel 341 Pr. O. Vgl. §. 335 Ziffer IV.

Parteibetrieb. Dasselbe gilt, wenn zwar ein Vertreter der schwurpflichtigen Partei, aber weder diese in Person noch deren Gegenpartei erscheint. Stellt der erschienene Vertreter der schwurpflichtigen Partei Antrag nach Artikel 464 der Pr. O. und wird diesem stattgegeben, so ist hiemit die Sache in weiteren Betrieb gesetzt.

Daß, auch wenn beide Parteien erschienen sind, die Tagfahrt im Sinne des Artikel 464 verlegt und nach Maßgabe des Artikel 363 der Pr. O. abgebrochen werden kann, versteht sich von selbst [3]).

Der Zweck der Tagfahrt wird ferner vereitelt, wenn Streitigkeiten bei derselben entstehen, welche der beauftragte Richter nicht entscheiden kann. In allen solchen Fällen hat der Richter lediglich die gemachten Erklärungen zu Protokoll zu nehmen und das Weitere dem Proceßgericht zu überlassen [4]). Die zur Entscheidung anzuberaumende Sitzung des Proceßgerichts ist nach allgemeinen Grundsätzen [5]) von der einen oder anderen Partei zu betreiben [6]). Es können natürlich Differenzen und Anstände der verschiedensten Art sein, welche hiezu führen. Dahin gehört namentlich der Fall, wenn der Schwurpflichtige sich in Gemäßheit des Artikel 461 der Pr. O. zu einer beschränkten Eidesleistung erbietet und über den hienach zu präcisirenden Eidessatz Streit unter den Parteien entsteht. Sind, nachdem Delat auf seine bereits bei der Verhandlung erklärte Acceptation den Eid definitiv auferlegt erhielt (Artikel 460 Absatz 1 Pr. O.), — oder nachdem sich Delat im Schriftenwechsel für Annahme nach einer unter Zustimmung des Deferenten präcisirten Schwurformel erklärt hatte (Artikel 460 Absatz 2), beide Parteien [7]) in der Tagfahrt vor dem beauftragten Richter erschienen [8]) und erklären hier ausdrücklich eine Vereinigung dahin, der Eid solle dem Deferenten referirt sein oder in veränderter Fassung der Schwurformel geschworen werden: so ist der beauftragte Richter befugt, den Eid nach diesem Uebereinkommen abzunehmen. Artikel 481 der Pr. O. [9]). Allerdings geht derselbe hiemit über sein Commissorium hinaus, welches ihn verbindet, sich streng an das Urtheil bezw. den in Gemäßheit desselben gepflogenen Schriftenwechsel zu halten. Allein das Gesetz gestattet dies ausnahmsweise, um ein weiteres Urtheil und ein neues Commissorium zu ersparen [10]). Wäre aber in den erwähnten beiden Fällen des Artikel 481 Streit unter den allseitig erschienenen Parteien darüber, von wem oder wie geschworen werden soll, oder wäre Delat allein erschienen und wollte einseitig nunmehr den Eid referiren oder von der nach dem Urtheil oder Schriftenwechsel feststehenden Schwurformel abweichen: so müßte die Sache vorerst an das Proceßgericht zurückgehen. Dagegen ist der in der Frist des Artikel 460 Absatz 2 der Pr. O. etwa angenommene oder zurückgeschobene

---

3) Vgl. §. 346.
4) Abg. Ref. II, 168.
5) Artikel 342 Pr. O. Vgl. §. 335.
6) Artikel 480 Pr. O.
7) D. h. alle betreffenden Parteien und Parteipersonen.
8) In Person oder durch einen legal bevollmächtigten Vertreter. Für den Abschluß der bezüglichen Uebereinkunft ist nur eine gewöhnliche Proceßvollmacht, keine specielle Ermächtigung nöthig. Artikel 92 Pr. O.
9) Abg. Prot. II, 255.
10) Abg. Prot. II, 254—255.

Eid, vorausgesetzt, daß der Schriftenwechsel die Einigung der Parteien ergibt, auch dann abzunehmen, wenn der hienach Schwurpflichtige allein erschienen und zur Eidesleistung erbötig ist [11]). In allen Fällen endlich, in welchen zwar kein Parteistreit besteht, aber der beauftragte Richter Anstand nimmt, den Eid in anderer Weise als im Urtheile festgesetzt schwören zu lassen, ist die Sache vorerst an das Proceßgericht zu bringen.

IV. Erscheint in der Tagfahrt nur die Gegenpartei des unbestritten Schwurpflichtigen, der letztere aber persönlich nicht, so hat er gleichviel, ob er einen Vertreter geschickt hat oder nicht, wenn nicht aus anderen Gründen die Tagfahrt aufzuheben ist, das Präjudiz der Eidesverweigerung verwirkt. Artikel 465 Absatz 3 Pr. O.

Sache der erschienenen Gegenpartei ist es, nunmehr das Endurtheil im gewöhnlichen Wege (Artikel 344 Absatz 2 Pr. O.) beim Proceßgericht zu erwirken. Bezüglich des Einspruchs gegen dieses Urtheil gelten die in §. 346 vorgetragenen Grundsätze.

Erscheinen beide Parteien, die schwurpflichtige in Person, und liegt auch keines der unter Ziffer III erwähnten Hindernisse vor: so wird zum Zwecke der Tagfahrt, zur Eidesabnahme geschritten.

V. Der Act der Eidesabnahme vor dem beauftragten Richter hat nichts Besonderes. Es gelten dafür dieselben Normen wie bei der Eidesabnahme in der Sitzung des Proceßgerichts. Vgl. §. 347.

VI. Ueber die Abhaltung der Tagfahrt ist ein vollständiges Protokoll zu errichten, aus welchem sich die Befolgung aller einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ergibt.

VII. Ist der Eid von dem Schwurpflichtigen in der Tagfahrt geleistet oder von demselben erklärt, daß er den ihm obliegenden Eid nicht schwören könne oder wolle: so erübrigt nur noch, die Schlußverhandlung vor dem Proceßgericht, welche im gewöhnlichen Weg (Artikel 344 Absatz 2 der Pr. O.) von jeder Partei betrieben werden kann.

---

11) Artikel 340 Pr. O.

## IV. Abschnitt.

# Beendigung des Rechtsstreits.

# I. Hauptstück.

# Das Endurtheil.[1])

## I. Capitel.

## Schöpfung des Endurtheils.

### §. 350[2]).

Der Rechtsstreit kann auf verschiedene Art beendigt werden, durch Confusion der Parteien, Untergang des Streitgegenstandes, Vergleich, Abstand, Proceßverjährung.

Die regelmäßige Art der Proceßbeendigung bildet die Erlassung des richterlichen Endurtheils, sententia definitiva.

---

1) Vgl. im Allg. hannöv. Prot. 1614—1694, 2632—2637, 2646—2653.
Arnold, a. a. O. S. 155—160.
Bomhard a. a. O. S. 66—75.

2) Quellen zu Artikel 269 Pr. O. sieh' bei §. 352.
Quellen zu Artikel 266 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 104—106; III, 38.
Abg. Prot. II, 63, 128, 144; IV, 74, 125.
R. Ref. I, 11; II, 117.
R. Prot. II, 49—54; IV, 36.
Quellen zu Artikel 267 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 104—106; III, 38.
Abg. Prot. II, 63, 128, 144; IV, 74, 126.
R. Ref. I, 11; II, 117.
R. Prot. II, 49—54; IV, 36.
Quellen zu Artikel 274 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 104—106; III, 38.
Abg. Prot. II. 60, 61—62, 129, 145; IV, 74, 126.
R. Ref. I, 12; II, 119.
R. Prot. II, 58; IV, 36.
Quellen zu Artikel 328 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 119—120.
Abg. Prot. II, 151—155, 326, 354.
R. Ref. I, 20.
R. Prot. II, 113.

Von den materiellen Vorschriften über das Urtheil [3]) wurde bereits gehandelt [4]). Die formalen d. h. die Bestimmungen über die Art der Urtheilsfällung beziehen sich zunächst auf die Zeit, wann das Urtheil zu schöpfen ist.

Diese bestimmt sich einerseits durch den Schluß der Verhandlung, andererseits durch das Ergebniß der letzteren.

Die Urtheilsfällung hat nach dem Schlusse der Verhandlung, aber dann sofort zu geschehen [5]), m. a. W. ohne daß zwischen Verhandlungsschluß und Urtheilsfällung weitere Proceßhandlungen eingeschoben werden dürften. Der Ausdruck „sofort" ist nicht gleichbedeutend mit „ungesäumt". Dies wäre nur ein zeitlicher Begriff. Die Pr. O. setzt voraus, daß die Urtheilsfällung nicht ungebührlich verzögert wird. Aber sie verlangt nicht, daß in jedem Falle unmittelbar an den Schluß der Verhandlung sich auch sogleich die Berathung und Abstimmung des Gerichts anschließe; letztere kann aufgeschoben werden [6]).

Anlangend das Ergebniß der Verhandlung, so kann ein Urtheil überhaupt nur erlassen werden, wenn die Sache in den betreffenden Haupt- und Nebenpuncten [7]) zur Entscheidung reif ist [8]). In wieferne dies nicht der Fall und welche Verfügungen deshalb von Amtswegen [9]) zu treffen sind, wurde in §. 320 erörtert.

Die Erlassung des Endurtheils aber setzt weiterhin voraus, daß die Sache zur definitiven Aburtheilung reif ist.

Dies kann schon der Fall sein mit Schluß der ersten Verhandlung (§. 320). Der Fall kann aber auch erst eintreten mit Beendigung der Beweis- (§. 343) oder Eidesschlußverhandlung (§§. 348 und 349).

Das Definitivurtheil kann sich je nach Umständen auf die Entscheidung über Proceßfragen zu beschränken (§§. 283, 288—293) oder auf die Hauptsache zu erstrecken haben.

Für letzteren Fall spricht die Pr. O. den Grundsatz aus, daß das liquidum durch das illiquidum nicht gesperrt m. a. W. daß die Entscheidung über liquide Ansprüche deshalb allein, weil Anderes noch illiquid ist, nicht ausgesetzt werden darf. Dieser Grundsatz gilt:

1) Für den Fall, daß von einem und demselben Anspruch nur ein Theil liquid ist. Die Verurtheilung des Beklagten bezüglich dieses Theils darf durch die Entscheidung über den nicht liquiden nicht aufgehalten werden [10]), gleichviel ob in letzterer Hinsicht die Sache erst zu einer Zwischenentscheidung oder überhaupt noch nicht urtheilsreif ist, ob sie zunächst noch weitere Verhandlung, oder Beweisführung erheischt.

Die Pr. O. gebraucht den Ausdruck „nicht mehr streitig" in Artikel 267 in jenem weiteren Sinne, wonach er gleichbedeutend ist mit „außer

---

3) Vgl. §. 233.
4) §. 234 ff.
5) Artikel 269 Absatz 1 Pr. O.
6) Hannöv. Prot. 1615—1617.
7) Hannöv. Prot. a. a. O.
8) Artikel 269 Absatz 1 Pr. O.
9) Abg. Prot. IV, 74.
10) Artikel 267 Pr. O.

Streit gesetzt", liquid. Das Gericht hat also den liquiden Theil zuzusprechen, mag nun diese Liquidität auf ausdrücklichem Zugeständniß des Gegners oder trotz bestehenden Widerspruchs auf Beweisen beruhen, welche der Richter für hinreichend erachtet [11]).

Nicht liquid ist aber ein Anspruch oder der Theil eines solchen, wenn ihm, obschon an sich unbestritten oder vollständig bewiesen, eine zerstörliche zur Endentscheidung noch nicht bereifte Einrede entgegensteht.

Die Verurtheilung des Beklagten in den einstweilen liquid gestellten Theil ist übrigens nicht von einem besonderen Antrag auf solche Verurtheilung bedingt. Sie hat von Amtswegen zu geschehen, es sei denn, daß der Berechtigte das Gegentheil ausdrücklich begehrt [12]).

2) Ganz dieselben Vorschriften gibt das Gesetz für den Fall, daß von mehreren in derselben Klage begriffenen Forderungen oder im Falle der Klagenhäufung von den zusammen angebrachten Klagen die eine zum Endurtheile, die andere nur zu einem Zwischenbescheide reif ist. In Ansehung der liquiden Posten ist sofort endlich, in Ansehung der übrigen nach Sachlage, auf Beweis, Eidesleistung 2c. zu sprechen [13]).

Es sind das übrigens so selbstverständliche Sätze, daß der hannöverische Entwurf Alles dem richterlichen Ermessen überläßt [14]).

## §. 351 [1]).

An der Urtheilsfällung können nur jene Richter theilnehmen, vor welchen die Verhandlung stattgefunden hat [2]). Es ist natürlich nur diejenige Verhandlung gemeint, über welche die betreffende Entscheidung ergehen, an welche sich das bezügliche Urtheil unmittelbar anschließen soll. Dagegen ist hiemit nicht gesagt, daß die Richter, welche als Theilnehmer an der unmittelbar vorhergegangenen Verhandlung zum Urtheile darüber berufen sind, auch allen übrigen Verhandlungen, die früher in derselben Sache statthatten, z. B. der Hinterlegungstagfahrt, der Verhandlung, auf welche ein Beweis- oder Eidesinterlocut ergieng, der Verhandlung, auf welche eine Einrede verworfen, ein Incident- oder Präjudicialpunct entschieden wurde, beigewohnt haben müßten [3]).

Auf der anderen Seite aber besteht der als selbstverständlich von der Pr. O. nicht ausdrücklich ausgesprochene Grundsatz, daß das Urtheil auch durch sämmtliche Richter, welche an der Verhandlung

11) Abg. Prot. II, 63.
12) Abg. Prot. II, 128.
13) Artikel 266 Pr. O.
14) Hannöver. Prot. 1629—1630.
1) Quellen zu Artikel 270 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 104—106.
Abg. Prot. II, 60, 127, 129, 144, 451.
R. Ref. I, 11.
R. Prot. II, 58.
2) Artikel 270 Pr. O.
3) Abg. Prot. II, 60. Vgl. hannöv. Prot. 51 und 55 ff., 1617—1619. Preuß. Entw. §. 340.

theilgenommen haben, geschöpft werden muß[4]). Ist Einer derselben gehindert, an der Urtheilsfällung theilzunehmen z. B. durch Tod, Geisteskrankheit rc., so muß die Verhandlung vor einem vollzähligen Senate wiederholt werden. Doch gilt dies unbedingt nur, wenn der betreffende Richter an der Abstimmung verhindert ist. Handelt es sich nur mehr um Feststellung der Entscheidungsgründe, so ist die Wiederholung der Verhandlung nicht immer erforderlich. Vgl. das Nähere in §. 353.

## §. 352 [1]).

I. Die Urtheilsschöpfung geschieht durch Berathung der Richter über das Ergebniß der Verhandlung.

Das Einzelnmaterial und der Gesammteindruck der mündlichen Verhandlung bildet ihre Grundlage. Indessen kann es für das Gericht zur Gedächtnißunterstützung immerhin erforderlich oder doch förderlich sein, bei der Urtheilsfällung die schriftlichen Anträge der Parteien[2]), die geltend gemachten Urkunden rc. im Wortlaute vor sich zu haben. Deshalb schreibt die Pr. O. ausdrücklich vor, daß dem Gerichte die gesammten Parteiacten[3]) zur Benützung im erwähnten Sinne nach beendigter Verhandlung übergeben werden sollen[4]).

Die Rückgabe der Acten an die Parteien geschieht durch den Vorsitzenden bei der Urtheilsverkündung von kurzer Hand oder auch durch die Gerichtsschreiberei[5]).

II. Die Berathung und Abstimmung der Richter sowie die Urtheilsverkündung hat in der Regel unmittelbar nach dem Schlusse der münd-

---

4) R. Prot. II, 59—60.

1) Quellen zu Artikel 269 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 106—108; III, 38.
Abg. Prot. II, 67—68, 129, 144, 451; IV, 74, 126.
R. Ref. I, 11; II, 118—119.
R. Prot. II, 58; IV, 36.
Quellen zu Artikel 271 Pr. O.:
Abg. Ref. II. 106—108; III, 38.
Abg. Prot. II, 68—69, 129, 144—145; IV, 74, 126.
R. Ref. I, 11—12.
R. Prot. II, 58.
Quellen zu Artikel 272 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 106—108; III, 38.
Abg Prot. II, 69, 129, 145; IV, 74, 126.
R. Ref. I, 12; II, 119.
R. Prot. II, 58; IV, 36.
Quellen zu Artikel 273 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 108—109; III, 38.
Abg. Prot. II, 69—71, 129, 145; IV, 74, 126.
R. Ref. I, 12; II, 119.
R. Prot. II, 58; IV, 36.

2) Artikel 262 Pr. O.

3) Vgl. §. 266.

4) Artikel 269 Absatz 3 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. I, 142.

5) Abg. Prot. II, 67.

lichen Verhandlung stattzufinden, so daß also die Publication noch in derselben Sitzung erfolgt, in welcher die Verhandlung gepflogen wurde [6]).

Ausnahmsweise [7]) ist, wenn das Gericht wegen der besonderen Beschaffenheit der Sache, weil solche z. B. in thatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, oder die längere Dauer der Erledigung die Verhandlung anderer Sachen in derselben Sitzung hindert, eine umfassendere Berathung oder deren Verschiebung für erforderlich hält, vom Gerichte eine spätere Sitzung zur Urtheilsverkündung zu bestimmen [8]).

Eine Frist, innerhalb welche die Publication fallen muß, besteht gesetzlich nicht, weil hiebei Alles von dem Umfang und der Beschaffenheit der verhandelten Sache sowie von anderen Umständen z. B. dem bestehenden Geschäftsdrange u. s. w. abhängt. Die hannöver. Beschlüsse bestimmen ausdrücklich, daß die Publicationssitzung in der Regel nicht über eine Woche hinaus anzusetzen sei. Auch die bayerische Pr. O. erwartet, daß von besonderen Hindernissen abgesehen dieses Zeitmaß nicht überschritten werde, da die Gerichte nach allgemeinen Bestimmungen zum gehörigen Fleiße verpflichtet sind [9]).

Wird die Urtheilsverkündung vertagt, so steht es beim Gerichte die Berathung bis dahin zu einem beliebigen Zeitpuncte zu pflegen.

Anlangend den Modus der Berathung, so ist dieselbe

1) geheim. Ein Protokoll wird hierüber nicht geführt [10]).

Hiemit ist nicht gesagt, daß sich das Gericht unter allen Umständen zur Berathung aus dem Sitzungssaal zurückziehen müßte. In einfachen, unbedeutenden Sachen kann es, ohne seinen Sitz zu verlassen, die Berathung halten. Der Vorsitzende benimmt sich kurz mit den Beisitzern, schreibt den Urtheilssatz nieder und verkündet das Urtheil. Nur eine öffentliche Discussion der Richter vor dem Publikum und den Parteien darf nicht stattfinden, auch die Berathung nicht schon vor Schluß der Verhandlung begonnen werden [11]). Zieht sich aber das Gericht wirklich in das Berathungszimmer zurück, so können dahin allerdings weder die Parteien noch Dritte zugelassen werden. Dagegen kann der Vorsitzende den Gerichtsschreiber in das Berathungszimmer eintreten, während der Berathung anwesend sein und den gefaßten Beschluß niederschreiben lassen.

Was hier von der Berathung gesagt ist, gilt natürlich auch von der Abstimmung.

2) Die Leitung der Berathung steht dem Vorsitzenden zu. Er eröffnet und schließt dieselbe, wenn er die Sache für genügend erörtert betrachtet. Ist ein Gerichtsmitglied anderer Ansicht, so kann auf dessen Antrag die Fortsetzung der Berathung vom Gerichte beschlossen werden [12]).

---

6) Artikel 269 Absatz 1 Pr. O.
7) Vgl. Abg. Ref. II, 108.
8) Artikel 269 Absatz 2 Pr. O.
9) Abg. Ref. II, 107; Abg. Prot. II, 67.
10) Artikel 271 Absatz 1 Pr. O.
11) Abg. Ref. II, 108; Abg. Prot. II, 68; R. Ref. I, 10—11; R. Prot. II, 62—63; Abg. Prot. IV, 75.
12) Artikel 271 Absatz 2 Pr. O.

Die Berathung ist von der Abstimmung getrennt zu halten. Sie hat den Zweck, in freier Discussion die Auffassungen und Ansichten über das Sach- und Rechtsverhältniß, wie sie sich bei den Gerichtsmitgliedern während der Verhandlung gebildet haben, gegenseitig mitzutheilen, zu vergleichen und zu berichtigen, um wo möglich schon auf diesem Weg zu einem übereinstimmenden Votum zu gelangen. Dieses wird bei der Klarheit des Bildes, welches die mündliche Verhandlung von dem Streitverhältnisse zu gewähren geeignet ist, in der Regel gelingen, so daß es dann einer förmlichen Abstimmung nicht mehr bedarf [13]).

3) Ausnahmsweise findet die Ernennung eines Referenten statt.

In der Regel wird zwar Nichts im Wege stehen, daß unverzüglich nach beendigter Verhandlung in die Berathung und Beschlußfassung eingetreten und das gefällte Urtheil sofort verkündet wird. Denn das Streitobject, das thatsächliche und rechtliche Vorbringen der Parteien war Gegenstand der unmittelbaren Wahrnehmung und Auffassung der sämmtlichen Gerichtsmitglieder. Ist aber eine umfassendere Berathung für nöthig erachtet und deshalb sowohl die Vertagung der Urtheilspublication wie die Aussetzung der Berathung beschlossen worden, lassen ferner Umfang und Verwicklung der Sache wünschenswerth erscheinen, daß vorerst das weitläufige Material unter Vergleichung des Acteninhalts übersichtlich geordnet und mit Ausscheidung des Irrelevanten den Richtern vorgetragen werde: so kann der Vorsitzende einen Berichterstatter ernennen [14]). Genöthigt hiezu ist er aber auch in solchen Fällen nicht. Unstatthaft ist Referentenernennung, wenn die Urtheilsschöpfung unmittelbar nach Schluß der Verhandlung geschieht [15]). Aber auch in Fällen, in welchen sie an sich zuläßig ist, darf sie nicht schon der Verhandlung vorgängig geschehen. Denn Aufgabe des Referenten ist nicht, dem Senate vom Streitgegenstand, von den thatsächlichen Aufstellungen, Rechtsausführungen und Anträgen der Parteien aus den Acten Kenntniß zu geben und hiedurch das Material für die richterliche Beurtheilung zu liefern. Dies Alles ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Das Gesetz verpönt das Mitbringen von zum Voraus gefertigten Urtheilsentwürfen in die Sitzung, in welcher die Sache erst plaidirt wird (ein zum Theil in der Strafrechtspflege eingerissener Mißbrauch), um eine Präoccupirung des Senats für die im Urtheilsentwurf vorausgesetzte Entscheidung zu verhüten [16]).

Zum Referenten kann der Vorsitzende jedes Mitglied des aburtheilenden Senats ernennen; er kann auch die Berichterstattung selbst übernehmen. Freilich arbeitet im letzteren Falle der Vorsitzende, welcher vielleicht überdies Gerichtsvorstand ist, nicht blos sein Referat, den Urtheilsentwurf, die Entscheidungsgründe aus, er gelangt auch zu-

13) Abg. Ref. II. 108.
14) Artikel 271 Absatz 3 Pr. O.
15) Abg. Ref. II, 106, 108.
16) Abg. Ref. II, 106; III, 39; R. Ref. I, 47—48; II, 120—122; R. Prot. II, 62.

erst an die Abstimmung. Allein das Gesetz hegt zu den übrigen Senatsmitgliedern das Vertrauen, daß sie sich durch All' das in ihrer Meinung und Abstimmung nicht werden beeinflußen lassen [17]).

Die Aufgabe des Referenten bildet nicht die Anfertigung eines schriftlichen Actenauszugs oder Vortrags, sondern eine geordnete und präcise mündliche Darlegung der relevanten thatsächlichen und rechtlichen Momente, verbunden mit dem Hinweise auf die in den Acten enthaltenen urkundlichen Belege, nach Umständen mit Vorlage eines eventuell vorbereiteten Urtheilsentwurfs als Grundlage für seinen Vortrag in der geheimen Sitzung [18]).

In der Pfalz bestand die wahrscheinlich auch jetzt beibehaltene Uebung, am Schluß jeder Woche für alle während derselben zur Publication vertagten Sachen einen Tag frei zu lassen. An diesem Tag trat das Gericht zusammen zur Berathung und Abstimmung, wenn ein Referent ernannt war, nach Anhörung desselben. War das Urtheil beschlossen, so theilten sich die Gerichtsmitglieder in Ermanglung eines Referenten in die Redaction der gefällten Urtheile. Die von den Gerichtsmitgliedern oder dem Referenten hienach entworfenen Urtheile circulirten sodann bei den übrigen Richtern zur Durchsicht und Genehmigung oder wurden am Publicationstage im Berathungszimmer gelesen, nöthigen Falls weiter besprochen, geändert rc. Dann geschah die Verkündung. Als Publicationstag wurde, dringliche Sachen ausgenommen, der Hinterlegungstag der auf die Verhandlung nächst folgenden Woche benützt [19]).

III. Ergibt schon die Discussion volle Gleichheit der Ansichten, so fixirt daraus der Vorsitzende den Gerichtsbeschluß, eine förmliche Abstimmung ist nicht erforderlich.

Ergibt sich aber aus der Berathung keine Einmüthigkeit der Ansichten, so ist zur förmlichen Abstimmung [20]) zu schreiten [21]).

1) Die Leitung der Abstimmung steht wie jene der Discussion dem Vorsitzenden zu. Er stellt die Fragen, sammelt die Stimmen und berechnet das Stimmenverhältniß [22]). Die Art der Fragestellung unterliegt zunächst seinem Ermessen nach den Verhältnissen des einzelnen Falles. In der Regel wird er über jede That- und Rechtsfrage, welche für die Entscheidung in Betracht kömmt, besonders und zwar zuerst über die Erheblichkeit, eventuell den Beweis der Thatsache abstimmen lassen. Doch ist dies nicht absolut geboten [23]). Es richtet sich Alles nach Lage der Sache. Ist die Erheblichkeit einer Thatsache zweifelhaft, deren Beweis aber evident mißlungen, so bedarf es keiner Trennung des Votums über die Erheblichkeit und den Beweis [24]).

Streitigkeiten, welche sich hiebei z. B. über die Richtigkeit und

17) Abg. Ref. II, 108; Abg. Prot. II. 68—69.
18) Abg. Ref. II, 106—107; III, 39; R. Prot. II, 62.
19) R. Prot. II, 63.
20) Vgl. hannöv. Prot. 1646—1674.
21) Artikel 272 Absatz 1 Pr. O.
22) Artikel 272 Absatz 4 Pr. O.
23) Eine solche Vorschrift enthielt der Reg. Entw. Artikel 248 Absatz 2.
24) Abg. Ref. II, 107; Abg. Prot. II, 69.

Reihenfolge der gestellten Fragen, die Fixirung des Stimmenverhältnisses ergeben, entscheidet das Gericht [25]).

Kein Richter darf die Abstimmung verweigern, wenn er auch bezüglich einer vorhergegangenen Frage in der Minderheit geblieben ist. Er hat sein weiteres Votum venerando conclusum abzugeben [26]).

Bei der Abstimmung darf keine neue Entwicklung der Gründe zugelassen werden [27]). Die Motivirung gehört in die Discussion. Die Abstimmung geschieht lediglich durch Abgabe des Votums [28]).

Die Richter stimmen nach der Reihe, der dem Range nach letzte zuerst, der Vorsitzende, welcher immer, nicht blos bei Stimmengleichheit zu votiren hat, zuletzt. Jedoch hat in allen Fällen der Berichterstatter seine Stimme zuerst abzugeben, auch wenn der Vorsitzende selbst die Berichterstattung übernommen hat [29]).

2) Für die Entscheidung ist in der Regel die absolute Mehrheit der Stimmen erforderlich.

Ist solche nicht zu erzielen, so sind nur zwei Fälle möglich. Entweder es hat die Verhandlung das thatsächliche Material nicht völlig klar gestellt; dann ist nach Artikel 274 der Pr. O. die richterliche Meinungsdifferenz über das Parteivorbringen durch die Wiederaufnahme der Verhandlung zu beseitigen. Etwa in der früheren Verhandlung erworbene Rechte verliert hiedurch keine Partei. Doch sind darunter nur Zugeständnisse, Verzichte, Anerbieten, getroffene Uebereinkommen zu verstehen, welche in der Verhandlung constatirt wurden, — nicht aber Vortheile aus der allenfalls nachlässigen Behandlung der Sache durch den gegnerischen Vertreter. Oder es können sich nur die Richter in der rechtlichen Beurtheilung des vollständig gebotenen Factums nicht einigen. Diesfalls darf nicht die Verhandlung wieder aufgenommen werden, auch nicht etwa unter Zuziehung eines weiteren Richters. Vielmehr ist zur Urtheilsfällung zu schreiten [30]). Das Gesetz reprobirt jenen Ausweg aus guten Gründen. Er verlangt Zeit und Kostenaufwand ohne die Gewähr sicherer Abhilfe. Auch die zum öfteren wiederholte Verhandlung kann immer wieder eine das Zustandekommen absoluter Stimmenmehrheit ausschließende Meinungsdivergenz ergeben. Hievon abgesehen würde die wiederholte immerhin eher eine neue, als eine reproducirte erste Verhandlung sein und mindestens ohne Noth und unbilliger Weise die von einer Partei früher errungenen Proceßvortheile in Frage stellen [31]). Ist übrigens auch nicht zu wiederholter Verhandlung, so ist im erwähnten Falle doch zu wiederholter Berathung und Abstimmung zu schreiten [32]).

---

25) Artikel 272 Absatz 4 Pr. O.
26) Artikel 272 Absatz 3 Pr. O.
27) Artikel 272 Absatz 2 i. f. Pr. O.
28) Abg. Ref. II, 108.
29) Artikel 272 Absatz 2 Pr. O.
30) Abg. Prot. II, 69—70.
31) Abg. Ref. II, 108.
32) Artikel 273 Pr. O.

Bleibt auch diese fruchtlos, so ist zu unterscheiden:

a) Bezieht sich die Meinungsverschiedenheit nur auf Größen oder Summen, so sind die Stimmen, welche sich für das Meiste aussprechen, mit denen für die nächstfolgend geringere Summe oder Größe solange zusammen zu zählen, bis sich eine Summe oder Größe ergibt, in welcher die absolute Mehrheit zusammentrifft. Z. B. es erklären sich drei Stimmen je für 500, 300 und 200, so ist 300 Beschluß.

b) In allen anderen Fällen entscheidet die relative Mehrheit. Haben sich aber die Meinungen vereinzelt oder ist auf verschiedene Meinungen die gleiche relative Mehrheit gefallen, so hat der Vorsitzende für eine dieser Meinungen den Ausschlag zu geben. Natürlich wird dieser Fall vorzugsweise sich ergeben, wenn der aburtheilende Senat aus mehr als drei Richtern besteht, kann aber auch bei blos dreigliederigen Senaten vorkommen.

Die Pr. O. folgt hienach dem Princip, welches dem bisherigen diesrheinischen Recht zu Grunde lag. Allerdings kann auf solchem Weg eine Ansicht zum Urtheil werden, welche von der Mehrheit sämmtlicher Votanten nicht gebilligt ist, weil die der relativen Majorität gegenüberstehenden vota singula wenigstens darin übereinstimmen, das von dieser Majorität Angenommene nicht zu wollen. Allein jene mehreren vota singula können deshalb nicht maßgebend sein, weil sie nur einig sind im Verneinen, während wenn keine Justizverweigerung eintreten soll, eben ein positiver Ausweg gefunden werden muß. Von allen vorgeschlagenen Auswegen aber wurde der in Artikel 273 der Pr. O. angenommene als der natürlichste namentlich auch deshalb erkannt, weil der Vorsitzende die Präsumtion größerer Kenntniß und reiferer Erfahrung für sich hat und immerhin nur ausnahmsweise in die Lage kömmt, sich für eine von zwei Meinungen zu entscheiden, von denen er keine für ganz richtig hält, nämlich nur dann, wenn sein bei der ersten Abstimmung gegebenes Votum mit keiner von denjenigen Meinungen gegangen ist, für welche sich relative Majoritäten gebildet haben[33]).

## §. 353 [1]).

Von der innern Form des Urtheils, d. h. von dem Urtheilssatz und den Entscheidungsgründen, beide nach ihrem Inhalt betrachtet, war in §. 251 die Rede.

---

33) Abg. Ref. II, 108—109; Abg. Prot. II, 69—70. Vgl. hannöv. Prot. 1660—1674.

1) Quellen zu Artikel 276 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 109—110; III, 39.
Abg. Prot. II, 71—74, 129—130, 145; IV, 74—75, 126.
R. Ref. I, 12—13, 47—48; II, 119—122.
R. Prot. II, 58—65; IV, 36.
Quellen zu Artikel 278 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 110—112; III, 39—40.
Abg. Prot. II, 72, 75—88, 89—91, 130—131, 145; IV, 76—80, 127.

Anlangend die äußere Form des Urtheils d. i. die schriftliche Abfassung (Redaction) des Urtheilssatzes und der Entscheidungsgründe, so ist folgendes zu bemerken.

I. Der Urtheilssatz (tenor sententiae)[2]) ist nach der Abstimmung niederzuschreiben, der Genehmigung des Gerichts zu unterstellen und, wenn das Urtheil nicht sogleich verkündet wird[3]), von sämmtlichen Richtern zu unterzeichnen[4]).

Die Niederschreibung kann durch den Vorsitzenden oder in seinem Auftrag durch den Berichterstatter, einen beisitzenden Richter oder den Gerichtsschreiber geschehen.

Die Niederschreibung und, wo sie nothwendig ist, die Unterzeichnung des Urtheilssatzes soll unmittelbar anschließend an die definitive Abstimmung stattfinden.

Dient die Niederschreibung zur präcisen Fixirung des richterlichen Ausspruchs, so wird durch die Unterzeichnung eine Garantie dafür geschaffen, daß das später verkündete Urtheil wirklich das in Gegenwart und unter Mitwirkung der sämmtlichen betreffenden Richter gefällte ist[5]). Die Nothwendigkeit dieser Garantie hat ihren Grund hauptsächlich in der Vorschrift, daß die Urtheilspublication auch in Abwesenheit einzelner (gestorbener oder durch Krankheit verhinderter) Richter wirksam geschehen kann[6]).

Anlangend die rechtliche Bedeutung der Niederschreibung und Unterzeichnung des Urtheilssatzes, so ist zu beachten, daß das Urtheil als solches erst mit dem Momente der Verkündigung existent wird. Bis dahin kann also jeder Richter, ungehindert durch die Niederschreibung und Unterzeichnung des Urtheilssatzes, sein Votum zurücknehmen ꝛc.[7]). Auch ist selbstverständlich die Niederschreibung und Unterzeichnung des Tenors ein internum des Gerichts. Wird die bezügliche Vorschrift verletzt, so liegt hierin wohl eine Ordnungswidrigkeit, aber kein von den Parteien benützbarer Nullitätsgrund.

II. Zur vollständigen Abfassung des Urtheils gehört aber auch die Redaction und Niederschreibung der Entscheidungsgründe.

1) Die Abfassung und Niederschreibung der Entscheidungsgründe kann der Vorsitzende selbst übernehmen oder dem Berichterstatter, falls ein solcher ernannt war, oder einem anderen Senatsmitgliede übertragen, welches jedoch, wenn das Urtheil auf Mehrheitsbeschluß beruht, der Majorität angehören muß[8]). Es ist unstatthaft, die Entscheidungs-

---

R. Ref. I, 13—18, 48; II, 122—123.
R. Prot. II, 65—79, 82—85; IV, 36—38.
Vgl. hannöv. Prot. 1674—1681; Bomhard a. a. O. S. 18—21; Aphorismen S. 64—74.

2) Es sind nur Urtheile in Frage, welchen Entscheidungsgründe beigegeben werden müssen.

3) Artikel 269 Absatz 2 Pr. O.

4) Artikel 276 Pr. O.

5) Abg. Prot. II, 74; R. Prot. II, 58, 59, 60; Abg. Ref. III, 39; R. Ref. II, 120—122.

6) Artikel 277 Absatz 3 Pr. O.

7) Abg. Prot. IV, 74.

8) Artikel 278 Absatz 1 Pr. O.

gründe von einem Richter verfassen zu lassen, der im Wesentlichen anderer Ansicht war [9]). Durch diese Vorschriften ist den jeweils obwaltenden Sach-, Personal- und Geschäftsverhältnissen der erforderliche freie Spielraum gewährt [10]).

Sind die Entscheidungsgründe entworfen, so müssen sie in einem Zusammentritte sämmtlicher Richter, welche zu dem Urtheile mitgewirkt haben, abgelesen und der Genehmigung unterstellt werden [11]). Ist ein Richter hiebei zu erscheinen gehindert, so sind zwei verschiedene Fälle möglich:

a) Die Verhinderung ist nur eine momentane. In solchem Fall kann die Zustimmung des Abwesenden, wenn unter den erschienenen Richtern keine Meinungsverschiedenheit besteht, in geeigneter Weise erholt werden, z. B. indem derselbe dem Entwurf seine Unterschrift nachträglich beisetzt. Doch ist diese Form der Zustimmungserholung nicht die einzig zulässige. Die Art und Weise, wie die Zustimmung zu erholen, ist vielmehr dem richterlichen Ermessen anheimgegeben, um nicht zur Aufbewahrung also unterzeichneter Acte in der Registratur genöthigt zu sein [12]).

Besteht unter den erschienenen Richtern Meinungsverschiedenheit über die Entscheidungsgründe, so ist der vorbezeichnete Weg der Genehmigung von kurzer Hand unstatthaft. Es muß ein nochmaliger Zusammentritt und wiederholte Berathung aller Richter stattfinden, welche auch zu einer Aenderung des noch nicht verkündeten Urtheils führen kann.

b) Ist Einer der Richter z. B. wegen Todesfalls, plötzlich eingetretener Geisteskrankheit ꝛc. überhaupt außer Stand, die Genehmigung zu ertheilen: so muß, wenn das Urtheil noch nicht verkündet ist, die Verhandlung der Sache wiederholt werden [13]).

Ist aber das Urtheil bereits verkündet, so kann dies allerdings nicht mehr geändert und muß die Zustimmung der Majorität als genügend erachtet werden. Dies wurde wenigstens als einstimmige Ansicht des Reichsrathsausschusses und der Staatsregierung constatirt [14]).

2) Die Abfassung der Entscheidungsgründe findet in gewissen Fällen vor, in anderen nach der Verkündung des Urtheils statt.

Ist die Urtheilsverkündung vertagt worden [15]), so müssen die Entscheidungsgründe vor der Verkündung vollständig abgefaßt werden [16]). Dies ist ohne Schwierigkeit, da die Vertagung der Publication Zeit gibt [17]). Bei wichtigen, großen und schwierigen Processen wäre die der Publication nachgängige Redaction der Entscheid-

9) R. Prot. II, 83.
10) Abg. Ref. II, 109.
11) Artikel 278 Absatz 2 Pr. O.
12) R Prot. II, 84—85.
13) Abg. Prot. II, 87—88.
14) R. Prot. III, 36—38.
15) Artikel 269 Absatz 2 Pr. O.
16) Artikel 278 Absatz 1 Pr. O.
17) Abg. Ref. II, 109.

ungsgründe bedenklich. Nicht selten tauchen bei der näheren schriftlichen Motivirung zu einer vorher verkündeten und deshalb unabänderlichen Entscheidung erst neue Zweifel auf. Die Motive sind ja die Probe darüber, ob das, was ausgesprochen wurde, auch wahr ist [18]).

Wurde das Urtheil sofort nach der Verhandlung berathen, beschlossen und verkündet, so müssen die Entscheidungsgründe spätestens drei Tage nach der Verkündung abgefaßt werden [19]). Die Urtheilsverkündung unmittelbar nach Schluß der Verhandlung soll die Regel bilden. Wird sie eingehalten, so werden sich immerhin ganz einfache Sachen finden, in welchen das Urtheil vor der Verkündung vollständig (in Tenor und Gründen) abgefaßt werden kann. Dies hat dann auch sofort zu geschehen. Denn das Gesetz sagt nicht, daß die Redaction drei Tage nach der Verkündung, sondern daß sie „spätestens" bis dahin erfolgen muß. Ist aber die Sache nicht so einfach, um die vollständige Urtheilsabfassung augenblicklich zu gestatten, — oder wird das Urtheil publicirt, ohne daß das Gericht auch nur seinen Sitz verlassen hat, so kann (nicht muß) die Abfassung der Publication nachfolgen, während die Entwicklung der Entscheidungsgründe bei der Verkündung mündlich geschieht [20]). In solchen Fällen brauchen die Entscheidungsgründe bei der Publication nicht einmal als Skizze niedergeschrieben zu sein [21]).

## II. Capitel.

## Verkündung des Urtheils [1]).

### §. 354.

I. Wie das Urtheil durch sämmtliche Richter, welche bei der Verhandlung mitgewirkt haben, geschöpft werden muß, so sollten auch bei der Urtheilsverkündung alle diese Richter gegenwärtig sein. Dies ist denn auch Regel [2]).

Da indessen die Urtheilsverkündung doch nur ein formaler Act ist, da ferner, wenn auch in seltenen Fällen, einzelne Richter am Erscheinen bei der Publication verhindert sein können, sei es momentan z. B. durch acute

18) R. Prot. II, 61—62.
19) Artikel 278 Absatz 1 Pr. O.
20) Artikel 277 Absatz 2 Pr. O.
21) Abg. Ref. II, 109—110; R. Prot. II, 61—62, 83; Abg. Prot. IV, 75; R. Ref. II, 120—122.

1) Quellen zu Artikel 277 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 109—110; III, 39.
Abg. Prot. II, 71—72, 73, 74—75, 130, 145; IV, 74—75, 126.
R. Ref. I, 12—13; II, 120—122.
R. Prot. II, 58—65; IV, 36—38.
Vgl. hannöver. Prot. 1674—1677, 1681—1683, 2637.

2) Artikel 277 Absatz 3 Pr. O.

Erkrankung, sei es auf unbestimmte Zeit z. B. wegen eingetretener Geisteskrankheit, sei es bleibend z. B. durch Todesfall: so gestattet das Gesetz in zwei Fällen eine Ausnahme von der Regel. Die Verkündung kann rechtswirksam auch in Abwesenheit des einen oder anderen Richters, der zum Urtheile mitgewirkt hat, geschehen, wenn demselben das Erscheinen wegen Erkrankung oder Todes nicht möglich ist [3]). Aber nur diese zwei, nicht andere Hinderungen wie dienstliche Abwesenheit u. dgl. berechtigen zu einer Abweichung von der Regel. Durch solche Beschränkung wollten Mißbräuche der Praxis abgeschnitten werden. Bei Pensionirungen, Versetzungen 2c. ist der betreffende Richter gehalten, vor seinem Abgang alle Rückstände zu erledigen.

Die Publication kann statthaben, wenn auch nur ein einziger Richter dabei erscheint. Wären aber alle Richter aus den bezeichneten Gründen verhindert, was bei Epidemien möglich ist, so darf die Publication durch andere Richter oder durch den Gerichtsschreiber allein nicht geschehen. Ist die Verhinderung eine vorübergehende, so muß die Publication ausgesetzt, ist sie eine bleibende, die Verhandlung wiederholt werden.

Erfolgt die Publication nicht in Anwesenheit des ganzen aburtheilenden Senats, so darf selbstverständlich von den der Verkündung anwohnenden Richtern allein keinerlei Berichtigung des Urtheils vorgenommen werden. Die Rechtswirksamkeit des Verkündungsactes in solchem Falle hängt von dem wirklichen und in gesetzlicher Weise constatirten [4]) Vorliegen eines legalen Hindernisses ab [5]).

II. Die Urtheilsverkündung muß bei Meidung der Nichtigkeit stets in öffentlicher Sitzung geschehen. Dieselbe hat

III. in der Regel durch wörtliche Verlesung des Urtheilssatzes und der Entscheidungsgründe zu erfolgen [6]).

Sind die Entscheidungsgründe bei der Verkündung des Urtheils, wenn diese unmittelbar nach der Verhandlung geschieht, noch nicht schriftlich abgefaßt, so genügt die Verlesung des Urtheilssatzes und die mündliche Entwicklung der Gründe [7]).

Der Vorsitzende kann die Verlesung selbst bethätigen oder durch einen der Richter oder den Gerichtsschreiber vornehmen lassen [8]). Die mündliche Entwicklung der Entscheidungsgründe darf niemals durch den Gerichtsschreiber geschehen. Sie ist vorzugsweise Aufgabe des Vorsitzenden [9]).

---

3) Artikel 277 Absatz 3 Pr. O.
4) Artikel 280 Ziffer 2 Pr. O.
5) Abg. Ref. II, 110; Abg. Prot. II, 74; IV, 74—75; R. Prot. II, 59—60; III, 36—38.
6) Artikel 277 Absatz 1 Pr. O.
7) Artikel 277 Absatz 2 Pr. O.
8) Abg. Ref. II, 110.
9) R. Prot. II, 83.

## III. Capitel.

## Eintragung des Urtheils in das Urtheilsbuch [1]).

### §. 355.

Bei jedem ständigen Senate, in welchem Civilrechtsstreitigkeiten zu entscheiden sind, wird ein besonderes Urtheilsbuch geführt.

Die Führung des Urtheilsbuchs ist Sache der Gerichtsschreiberei [2]). Einträge im Urtheilsbuch kann jeder Gehilfe des Gerichtsschreibers machen; unterzeichnen muß der letztgenannte selbst, bezw. derjenige wirkliche oder stellvertretende Gerichtsschreiber, welcher der Urtheilsverkündung beigewohnt hat [3]).

Den Gegenstand des Eintrags bilden:

I. Alle Urtheile, welche der betreffende Senat in Civilrechtsstreitigkeiten erläßt.

Dahin gehören also alle jene Entscheidungen, welche zu einer bei voll- oder beschränkt öffentlicher Sitzung gepflogenen Verhandlung erlassen worden sind.

Entscheidungen, welchen eine öffentlich-mündliche Verhandlung nicht vorausgieng, gehören nicht in das Urtheilsbuch [4]).

Der Urtheilseintrag bildet die Urschrift des Urtheils [5]).

II. Schon aus dem so eben Bemerkten ergibt sich, daß in das Urtheilsbuch auch die Vertagungsurtheile, die Verfügungen auf Streichung einer Sache vom Hauptverzeichnisse, die Beurkundungen über Hinterlegung der Anträge mit hierauf erfolgter Festsetzung einer Sitzung zur Verhandlung eingetragen werden müssen, sowie daß diese Vorschrift auch von allen ähnlichen Fällen zu gelten hat [6]), (clausula generalis), wohin namentlich

---

1) Quellen zu Artikel 279 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 110—112; III, 39—40.
Abg. Prot. II, 72, 88, 130—131, 146, 451; IV, 76—80, 127.
R. Ref. I, 13—18, 48; II, 123.
R. Prot. II, 85—88; IV, 38.
Quellen zu Artikel 280 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 110—112; III, 39—40.
Abg. Prot. II, 72, 88, 130—131; IV, 80—81, 127.
R. Ref. I, 13—18, 48; II, 123—124.
R. Prot. II, 85—88; IV, 38.
Quellen zu Artikel 281 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 40—41.
Abg. Prot. II, 73, 95, 131, 146, 451; IV, 81, 127.
R. Ref. I, 13—18, 48; II, 124.
R. Prot. II, 88; IV, 38.

2) Artikel 279 Pr. O.

3) Abg. Prot. II, 131.

4) Artikel 279 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 88; IV, 80.

5) Vgl. z. B. Artikel 291 Absatz 2 Pr. O.

6) Artikel 281 Absatz 1 und 2 Pr. O.

die gerichtliche Festsetzung von Fristen für das Vorverfahren gehört [7]). Denn hier sind durchweg Urtheile im Sinne des Gesetzes in Frage [8]).

Da aber ein Sitzungsprotokoll nicht geführt wird, erschien nothwendig, die Beurkundung gewisser anderer gerichtlicher Vorgänge besonders bethätigen zu lassen. Für manche derselbe schreibt die Pr. O. die Errichtung eines Separatprotokolls, für manche den weniger weitläufigen Eintrag im Urtheilsbuche vor. Hieher gehören die Beurkundungen, welche über die in der Verhandlung abgegebenen Verzichte, Zugeständnisse und Anerkenntnisse stattzufinden haben [9]), die Beurkundung der in der Sitzung erklärten Anwaltsbestellung [10]), facultativ die Beurkundung über die einem Gewalthaber bei der Verhandlung ertheilte Vollmacht [11]), und ähnliche Fälle [12]).

Der Eintrag hat fortlaufend nach der Zeit der Verkündung zu geschehen [13]). Ein früher verkündetes wenn auch später gefälltes geht dem früher geschöpften aber später verkündeten Urtheil im Eintrage vor.

Kein Urtheil darf vor der Verkündung eingetragen werden [14]). Dagegen ist weder die Abfassung noch Eintragung des Urtheils von der parteilichen Sachverhaltsdarstellung abhängig. Der Eintrag kann vor dieser erfolgen und hat, wenn die Urtheilsabfassung vollständig d. h. in Tenor und Gründen vorliegt, ohne jeden Verzug zu geschehen, um die Möglichkeit der Urtheilsausfertigung nicht zu verzögern. Da Urtheile, deren Publication vertagt wurde, bei dieser schon vollständig abgefaßt sein müssen, während bei anderen die Abfassung der Publication längstens binnen drei Tagen nachfolgen muß, so kann und soll jedes Urtheil auch spätestens drei Tage nach der Verkündung im Urtheilsbuche eingetragen sein [15]).

## §. 356.

I. Der Eintrag der in Artikel 279 der Pr. O. erwähnten Urtheile (vgl. §. 355 Ziffer I) hat zu umfassen:

1) Den Tag der Urtheilsverkündung [1]). Er ist als Ueberschrift an die Spitze des Eintrags zu setzen [2]).

2) Die Namen der Richter, des Staatsanwalts und des Gerichtsschreibers, welche bei der Verkündung anwesend waren; wenn die An=

---

7) Artikel 243 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 95, 131.

8) M. a. W. Urtheile, die keiner Entscheidungsgründe und Sachverhaltsdarstellung bedürfen und nur ausnahmsweise ausgefertigt werden.

9) Artikel 248 Pr. O. Allerdings erfolgt hier die Beurkundung durch Gerichtsbeschluß, z. B. das Gericht ertheilt dem N. Urkunde darüber, daß u. s. w.

10) Artikel 250 Absatz 4 Pr. O. Es ist von dem Fall die Rede, in welchem die bisher ungehorsame Partei die Anwaltsbestellung nachholt.

11 Artikel 88 Pr. O.

12) Artikel 281 Absatz 1 und 2 Pr. O.

13) Artikel 279 Pr. O.

14) Dies ist selbstverständlich; deshalb wurden die in Artikel 279 nach einem früheren Beschluß enthaltenen Worte „nach in öffentlicher Sitzung gepflogener Verhandlung" als theils unrichtig theils unnöthig gestrichen. Abg. Ref. II, 123.

15) Abg. Prot. II, 86.

1) Artikel 280 Absatz 1 Ziffer 1 Pr. O.

2) Artikel 280 Absatz 2 Pr. O.

wesenheit aller Richter, welche zu dem Urtheile mitgewirkt haben, bei der Publication unmöglich war, auch die Namen der Abwesenden und den Grund der Verhinderung [3]). Präsenzvermerk [4]).

Der Präsenzvermerk geschieht am Rande. Hiebei genügt, wenn mehrere Einträge aus der nämlichen Sitzung aufeinanderfolgen, bei welcher dieselben Personen nnd Verhältnisse vorzumerken wären, der Hinweis auf die frühere Vormerkung, z. B. gegenwärtig die Vorigen [5]).

3) Die Bezeichnung der Parteien nach Vor- und Familiennamen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung nebst der Angabe, ob und durch welche Anwälte die Parteien und ob die Anwälte bei der Verhandlung erschienen sind oder nicht [6]).

Ob die Anwälte bei der Urtheilsverkündung anwesend waren oder nicht, braucht nicht angegeben zu werden [7]).

Ueber die Anwesenheit der Parteien bei der Verhandlung oder Urtheilsverkündung ist gleichfalls eine Vormerkung nicht geboten.

Die Bezeichnung der Parteien hat nach dem dermaligen Stande des Prozesses zu geschehen und ist gewöhnlich aus den hinterlegten Anträgen zu entnehmen [8]). Besteht eine Partei aus mehreren Personen, so genügt, wenn in der betreffenden Sache ein Eintrag bereits stattgefunden und seitdem eine Veränderung sich nicht ergeben hat, die Hinweisung auf den früheren Eintrag. Z. B. N. und Genossen sieh' Eintrag 10 [9]).

4) Den Urtheilssatz und die Entscheidungsgründe und zwar letztere unter Anfügung an den Urtheilssatz auch dann, wenn sie erst nach der Urtheilsverkündung schriftlich abgefaßt worden sind [10]).

Urtheilssatz und Entscheidungsgründe müssen in ihrer vollständigen Abfassung und wörtlich in das Urtheilsbuch eingetragen werden [11]).

Der in Ziffer 4 des Artikel 280 der Pr. O. gebrauchte Ausdruck „Anfügung" drückt nicht etwa eine innere Verbindung oder Vermengung von Tenor und Gründen aus, sondern nur eine örtliche Anreihung [12]).

Es steht frei, den Urtheilssatz den Entscheidungsgründen vorangehen (diesrheinische Uebung) oder nachfolgen zu lassen (pfälzische Praxis). Bei der Urtheilsausfertigung kömmt der Sachverhalt vor die Entscheidungsgründe zu stehen. Nach diesrheinischer Uebung würden also zuerst der Urtheilssatz, dann der Sachverhalt und am Schluß die Entscheidungsgründe folgen, nach pfälzischer Praxis zu-

3) Artikel 277 Absatz 3 Pr. O.
4) Artikel 280 Absatz 1 Ziffer 2 Pr. O. Vgl Abg. Prot. IV, 80.
5) Artikel 280 Absatz 3 Pr. O.
6) Artikel 280 Absatz 1 Ziffer 3 Pr. O.
7) Abg. Prot. IV, 81; R. Ref. II, 23.
8) Artikel 241 Absatz 5 Pr. O.
9) Artikel 280 Absatz 4 Pr. O.
10) Artikel 280 Absatz 1 Ziffer 4 Pr. O.
11) Vgl. §. 353.
12) Abg. Prot. IV, 81.

erst der Sachverhalt, dann die Entscheidungsgründe und zuletzt der Urtheilssatz.

Ist das Urtheil eingetragen, so wird das über seine vollständige Abfassung vorhandene Concept werthlos und braucht in der Gerichtsregistratur nicht aufbewahrt zu werden [13]).

5) Der Eintrag (Urtheilsurschrift) ist von dem Vorsitzenden und jenem Gerichtsschreiber zu unterzeichnen, welcher bei der Verkündung anwesend war [14]).

Bei Verhinderung des Vorsitzenden unterzeichnet statt seiner der im Rang nächstfolgende, bei Verhinderung des Gerichtsschreibers der im Rang letzte derjenigen Richter, welche zum Urtheile mitgewirkt haben, wenn der letzte Richter verhindert sein sollte, sein unmittelbarer Vormann im Rang (nicht etwa ein anderer Gerichtsschreiber). Der Verhinderung (nicht auch des Verhinderungsgrundes) ist bei der Unterschrift Erwähnung zu thun, z. B. Bei Verhinderung des ꝛc. A [15]).

Die Unterzeichnung findet lediglich am Schlusse des Urtheils statt. Die gemachten Randvermerkungen (sieh' oben Ziffer 2 dieser Darstellung) sind nicht besonders zu unterzeichnen [16]).

Außer dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber, eventuell deren Stellvertreter hat Niemand zu unterzeichnen, weder der Senatsälteste noch der Referent, letzterer schon deshalb nicht, weil die Ernennung eines Berichterstatters res interna des Gerichts ist und als solche den Parteien nicht durch die Form des Urtheils bekannt gegeben zu werden braucht [17]).

Die Beidrückung des Gerichtssiegels ist unnöthig, da die Urtheile in ein fortlaufendes Verzeichniß eingetragen werden.

Schließlich mag noch erwähnt werden, daß vom Gerichtsschreiber zu bereits eingetragenen Urtheilen unter gewissen Voraussetzungen nachträgliche Vormerkungen zu machen sind, namentlich in den in Artikel 284, 290 und 291, 737, 786 und 818 der Pr. O. erwähnten Fällen.

II. Bei Einträgen im Sinne des Artikel 281 der Pr. O. (vgl. §. 355 Ziffer II) genügt außer der bezüglichen Beurkundung oder der Angabe des Gerichtsbeschlusses die Bezeichnung der Parteien, ihrer Vertreter und des Streitgegenstandes. Die Bestimmungen der Absätze 2—6 Artikel 280 der Pr. O. (Ziffer 1, 2, 3, 5) finden analoge Anwendung [18]).

In welchen Ausdrücken der Eintrag bei einer blosen Beurkundung erfolgt, ist gleichgiltig. Die Beurkundung des betreffenden Vorkommnisses liegt eben darin, daß Eintrag über dasselbe stattfindet [19]).

Der Inhalt hinterlegter Anträge ist nicht anzugeben. Es findet nur Eintrag darüber statt, daß Anträge hinterlegt worden sind [20]).

---

13) Abg. Prot. IV, 74; R. Prot. II, 84—85.
14) Artikel 280 Absatz 5 Pr. O.
15) Artikel 280 Absatz 6 Pr. O.
16) Abg. Prot. IV, 80—81; R. Ref. II, 123—124.
17) Abg. Ref. II, 112.
18) Artikel 281 Absatz 3 Pr. O.
19) Abg. Prot. II, 131.
20) Abg. Prot. II, 95.

## IV. Capitel.

# Darstellung des Sachverhalts [1]).

### §. 357.

Jedes Urtheil ist ein aus factischen und rechtlichen Prämissen gezogener Schluß. Seine nothwendigen Bestandtheile sind: a) der Thatbestand, b) die Conclusionsgründe (rationes dubitandi et decidendi), c) der mittels richterlicher Schlußfolgerung gewonnene Urtheilssatz (conclusum, dispositif).

Immerhin aber läßt die Darstellung des Thatbestandes eine weitere und eine engere Begränzung zu.

In diesem engeren Umfang nimmt sie nur dasjenige in sich auf, was zur thatsächlichen Motivirung des Urtheilssatzes nothwendig ist. Man kann hier vom Entscheidungsthatbestand reden.

Die Darstellung des Thatbestandes kann aber auch ausgedehnt werden auf alles factische Proceßmaterial. In diesem Sinne umfaßt sie die ganze Thatgeschichte des Rechtsstreits für die Zeit, über welche sich das Urtheil erstreckt. Sie nimmt in sich auf sowohl den äußeren Gang des Processes und der Verhandlung in Hinsicht der daran betheiligten Personen und der von diesen vorgenommenen processualen Acte (Proceßgeschichte), als den materiellen Inhalt alles Verhandelten, die geltend gemachten Behauptungen und Gegenbehauptungen, Widersprüche und Einräumungen ꝛc. (species facti), die daraus abgeleiteten Rechtsbehelfe und die daran geknüpften Parteigesuche. Man kann diesen den Proceßthatbestand nennen.

Alle Proceßgesetzgebungen stimmen darin überein, daß die Darstellung des sg. Entscheidungsthatbestandes, der thatsächlichen Motive für den Urtheilssatz, Sache des Richters ist. In der Frage aber, von wem der Proceßthatbestand in jenem weiteren Umfange zu fixiren sei, gehen sie auseinander.

I. Nach deutschem Rechte kömmt die Fixirung auch des Proceßthatbestands dem Gerichte zu. Ueber den Ausdruck „Entscheidungs-

1) Quellen zu Artikel 285 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 39—41.
Abg. Prot. II, 71—88; IV, 82, 104, 228
R. Ref. I, 13—18, 48; II, 125 - 126.
R. Prot. II, 90—93; IV, 39.
Quellen zu Art. 286 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 39—41.
Abg. Prot. IV, 76, 77, 78, 82, 128, 320, 340.
R. Ref. I, 13 - 18, 48; II, 126—128.
R. Prot. II, 93—94; IV, 39; V, 8.
Quellen zu Artikel 287 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 39—41.
Abg. Prot. IV, 82, 128.
R. Ref. I, 13—18, 48; II, 126—128.
R. Prot. II, 93—94; IV, 39.

gründe" war namentlich nach früherem diesrheinischem Rechte Alles verstanden, was das Urtheil außer dem Urtheilssatze noch enthielt, also neben den eigentlichen rationes decidendi und der thatsächlichen Motivirung des Urtheilssatzes auch die Darstellung des Factums, der Inhalt der Parteianträge, die selbständige Fixirung des gesammten thatsächlichen Streitmaterials [2]).

Im Wesentlichen auf deutschrechtlicher Anschauung beruhen, wenn auch nicht ohne eigenthümliche Besonderheiten die im Ganzen dem französischen Recht nachgebildeten Legislationen von Belgien, den Niederlanden, Italien und Genf. Nach allen diesen Gesetzgebungen ist die Sachverhaltsdarstellung eine ausschließende Function des Richters und hat im Urtheile ihren Platz zu finden.

Nur bezüglich des Umfangs der Sachverhaltsdarstellung enthalten sie Verschiedenheiten. Die Genfer Pr. O. verlangt [3]), daß das Urtheil zunächst die Conclusionen der Parteien anführe und unmittelbar vorausgehend den Entscheidungsgründen eine Art von status causae et controversiae aufstelle. Die übrigen der genannten Gesetzgebungen verlangen eine besondere Aufstellung des Sachverhalts im Urtheile nicht, obwohl eine selbständige Sachverhaltsdarstellung gewiß geeignet wäre, die mehr logische Entwicklung der Entscheidungsgründe zu begünstigen. Absolut ist nur die Aufnahme der Parteianträge erforderlich. Beim Gerichte steht es, die für die Entscheidung nöthige Darlegung und Beurtheilung des Factums mit den juristischen Entscheidungsgründen unausgeschieden zu verbinden. So hat insbesondere nach dem niederländischen Gesetz von 1832 das Urtheil an Stelle des gesammten Proceßthatbestands (Qualitäten) nur die Conclusionen der Parteien zu enthalten. Nach der Civilproceßordnung für das Königreich Italien von 1865 [4]) muß das Urtheil nur die Parteianträge im Wortlaut ausschließlich ihrer factischen und rechtlichen Begründung und weiterhin die Entscheidungsgründe bezüglich der That- und Rechtsfrage enthalten [5]).

Auch der preußische Entwurf vom J. 1864 ruht in der Hauptsache auf gleicher Grundlage [6]). Das Gericht fertigt die Sachverhaltsdarstellung im Urtheile. In der Regel ist der vollständige Inhalt der hinterlegten Anträge (mit Motiven) aufzunehmen. Eine weitere Sachverhaltsdarstellung, eine besondere species facti fällt dann hinweg. Gleichwohl ist klar, daß in diesem Fall oft viel Unnöthiges in das Urtheil kömmt und die Urtheile überflüssig ausgedehnt werden. Findet aber das Gericht nach seinem Ermessen das in der Verhandlung gebotene Factum verschieden von dem, welches in den hinterlegten Anträgen fixirt ist, so sind die Motive dieser Anträge nicht in's Urtheil aufzunehmen. Das Gericht hat in solchem Fall das Factum auf Grund der mündlichen Verhandlung selbst zu fixiren und in das Urtheil zu stellen [7]).

---

2) Vgl. Abg. Ref. II, 111; Abg. Prot. II, 73.
3) Artikel 107.
4) Artikel 330 Nr. 4, 6.
5) Abg. Prot. IV, 80.
6) §. 357.
7) R. Prot. II, 72; Abg. Prot. IV, 80.

II. Nach französischem und rheinischem Recht wird im Anwaltsprocesse der Proceßthatbestand vom Anwalte gefertigt. Qualités. Bei jenen Gerichten, bei welchen Anwaltszwang nicht besteht, fixirt ausschließend das Gericht den Sachverhalt.

Die Qualitäten verfaßt nach Verkündung des Urtheils der Anwalt des obsiegenden Theils und läßt sie in contradictorischen Sachen dem Gegenanwalte zustellen, der das Recht hat, innerhalb 24 Stunden Einspruch dagegen zu erheben, wenn er mit dem Inhalte nicht einverstanden ist. Wird Einspruch erhoben, so hat darüber der Richter, welcher bei der Verhandlung den Vorsitz führte, zu entscheiden. Er nimmt die nach seiner Ansicht erforderlichen Aenderungen vor. Wird Einspruch nicht erhoben, so stehen damit die Qualitäten fest und werden unverändert in die Urtheilsausfertigung (nicht in das Urtheilsbuch) aufgenommen rc. [8]).

III. Zwischen dem deutschen und französischen System wurde eine Art von Vermittlung angestrebt, indem man an der Darstellung des Proceßthatbestands Gericht und Parteien zugleich betheiligen wollte. Diese Betheiligung trat in zwei Formen hervor, bald mit mehr Hinneigung zum französischen, bald mit mehr Hinneigung zum deutschen Rechte.

1) System primitiv-gerichtlicher Sachverhaltsdarstellung mit Zulassung parteilichen Einspruchs.

Hienach soll das Gericht die Sachverhaltsdarstellung fertigen, den Parteien aber ein Berichtigungsrecht zustehen, indem sie in bestimmter Frist hiegegen Einspruch oder Protest erheben dürfen. Das Gericht wird hiemit unter die Controle der Parteien gestellt.

Angenommen ist dieses System in der hannöverischen Pr. O., welche für den Einspruch eine dreitägige, und in den Beschlüssen der hannöverischen Commission, welche für den Protest eine einwöchentliche Frist gewähren.

Dasselbe lag auch dem bayerischen Regierungsentwurfe und den Beschlüssen erster Lesung des Abgeordnetenausschusses zu Grund. Die Darstellung des Sachverhalts in dem weiteren Sinne von Proceßthatbestand sollte einen integrirenden Theil des Urtheils bilden und im Anwaltsproceß vom Gerichte mit den Entscheidungsgründen gefertigt werden. Den Parteien sollte ein binnen 14 Tagen auszuübendes Protestationsrecht (Artikel 32, VII) wegen allenfallsiger Unrichtigkeiten oder Auslassungen im thatsächlichen Theile des Urtheils eingeräumt sein. Die Protestation sollte indessen auf die gefällte und verkündete Entscheidung selbst keinen rückwirkenden Einfluß haben [9]). Die Annahme dieses Systems war nur mit einer Stimme Mehrheit erfolgt.

2) System primitiv-parteilicher Sachverhaltsdarstellung mit nachfolgender richterlicher Prüfung und Feststellung von Amtswegen.

Einen noch von keiner geltenden Gesetzgebung eingeschlagenen Mittelweg brachte endlich der Referent des bayrischen Reichsrathsausschusses in Antrag. Hienach sollte die obsiegende Partei die Darstel-

---

8) Abg. Ref. II, 111; Abg. Prot. II, 73; R. Prot. II, 69—70.
9) Abg. Ref. II, 111; R. Prot. II, 70—71, 72—73.

lung des Sachverhalts fertigen, sodann aber der Richter diese Darstellung von Amtswegen prüfen und richtig stellen. Das Eigenthümliche dieses Systems wäre, daß es die Parteien unter die Controle des Gerichts stellt. Der Antrag wurde nicht angenommen [10]).

Ueber die Frage, welchem dieser verschiedenen Systeme zu folgen sei, fand in den bayrischen Gesetzgebungsausschüssen eine ausgedehnte und tiefeingehende Discussion statt [11]). Schließlich wurde das französische System adoptirt. Die Annahme erfolgte Seitens des Abgeordnetenausschusses erst in zweiter Lesung und auch hier nur mit einer Stimme Mehrheit.

Man gieng dabei zunächst von dem Gedanken der absoluten Nothwendigkeit einer schriftlichen Fixirung des gesammten Proceßthatbestands aus. Zum Behufe der Urtheilsfällung zwar muß ein mündliches Verfahren die Festhaltung des Verhandelten an das Gedächtniß des Richters verweisen. Allein diese Festhaltung ist auch über die Urtheilsfällung hinaus zu dem Zweck erforderlich, um die Identität des Rechtsstreits wie die Tragweite seiner Entscheidung (Rechtskraft) für alle Zeit gegen jeden Zweifel sicher zu stellen. Dies ergibt sich schon für dieselbe Instanz, wenn ein Proceß durch Interlocute, Beweisführungen oder aus anderen Gründen in die Länge gezogen wird, ebenso für die Berufungs- und Cassationsinstanz, ja auch über ein jeder Anfechtung entzogenes Endurtheil hinaus, da nicht zu verhindern ist, daß ein Proceß die Grundlage für einen Nachproceß bildet, mit welchem jener in rechtlichem Zusammenhange steht. Ist in solchen Fällen auf das früher Verhandelte zu recurriren, so kann selbstverständlich das Gedächtniß der Richter nicht angerufen werden [12]).

Die bayr. Pr. O. kennt aber weder ein Sitzungsprotokoll noch andere für die Aufnahme des Proceßthatbestands geeignete Gerichtsacten, als eben das Urtheil. Zudem ist dieses niemals im Original, sondern immer nur in Ausfertigung verwerthbar, sei es daß dessen Vollstreckung oder Anfechtung (Endurtheil), sei es daß die Weiterführung des Processes betrieben werden will (Interlocut). Die Urtheilsausfertigung ist der äußere Träger eines richterlich festgestellten Rechtsverhältnisses in thatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Sohin ergab sich als der passende Ort für die Fixirung des Proceßthatbestands die Urtheilsausfertigung.

Von hier zur Uebertragung der Sachverhaltsdarstellung an die Parteien war nur ein kleiner Schritt, da von allen anderen Rücksichten abgesehen die erwähnte Darstellung nur eine der Urtheilsfällung nachgängige Thätigkeit zu bilden hatte und nur insoweit erforderlich schien, als noch ein Parteiinteresse daran besteht.

---

10) R. Ref. I, 13—18.

11) Vgl. Abg. Ref. II, 111; III, 39—40; Abg. Prot. II, 73, 75—86; IV, 76—80; R. Ref. I, 13—18, 48; R. Prot. II, 65—79.

Die Gründe gegen die gemischten Systeme sieh' besonders bei Abg. Prot. II, 75, 85. R. Prot. II, 71, 74—75.

Die Gründe gegen das französische System sieh' bei Abg. Ref. II, 111; III, 40; Abg. Prot. II, 76, 78, 82—83, 83—84, 84—85, 86; IV, 76, 77—78, 79; R. Prot. II, 71—72, 73—74, 75.

Die Gründe für das französische System sieh' bei Abg. Prot. II, 75, 76—77, 77—78, 78—79, 81, 83, 84, 85; IV, 77, 79—80; R. Ref. I, 48; R. Prot. II, 73, 77—78.

12) Abg. Prot. II, 85, 86.

## §. 358.

I. Inhaltlich hat sich die Darstellung des Sachverhalts [1]) nach den im vorigen §. gemachten Bemerkungen zu erstrecken:

1) Auf den äußeren Gang des Processes, den Hergang der Procedur. In dieser Beziehung muß sie enthalten:

a) Die Bezeichnung der Parteien [2]) nach Vor- und Familiennamen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung, nebst der Angabe, ob und durch welche Anwälte die Parteien vertreten und ob die Anwälte bei der Verhandlung erschienen sind oder nicht [3]).

Allerdings sind die Parteipersonen bereits im Urtheilsbuch mit eingetragen. Sonst würde das Urtheil an sich der nöthigen Bestimmtheit entbehren. Allein dieser Eintrag erstreckt sich, wenn eine Partei aus mehreren Personen besteht, oftmals nur auf eine Collectivbezeichnung [4]). Um aber die Urtheilsausfertigung, in welcher alle Parteipersonen speciell angegeben sein müssen, ohne jeden Aufenthalt möglich zu machen, dient die bezügliche Specialbenennung in der Sachverhaltsdarstellung [5]). Darum fehlt in Artikel 285, der im Uebrigen mit Artikel 280 Ziffer 3 conform ist, die Vorschrift des Absatz 4 in Artikel 280 der Pr. O.

Unter den Parteien werden diejenigen Personen verstanden, für deren Rechnung der Proceß geführt wird. Sind sie von gesetzlichen Vertretern repräsentirt, so müssen diese neben den Parteien in ganz gleicher Weise angeführt werden [6]).

Die bei der Sache thätig gewesenen Gerichtspersonen sind nicht mitanzuführen; Richter, Gerichtsschreiber, Staatsanwalt sind schon im Urtheilsbuche vermerkt.

b) Die Darstellung des äußeren Proceßverlaufs, die Proceßgeschichte im eigentlichen Sinn [7]).

Die Proceßgeschichte soll den Gang des Processes im Ganzen, wovon die Verhandlung nur einen, wenn auch den Haupttheil ausmacht, und jene Einzelnheiten erwähnen, welche von besonderer Bedeutung sind, namentlich wichtige Umstände, Zwischenfälle und Streitigkeiten, Zwischenbescheide (erlassene Beweis- und andere Interlocute) u. dgl. Dies ist um so mehr erforderlich als die Proceßgeschichte sonst nirgends aufgezeichnet wird [8]), während dieselbe z. B. für die Cassationsinstanz hohe Wichtigkeit hat.

---

1) „Sachverhalt" ist die technische Bezeichnung für den äußern Gang des Processes und den materiellen Inhalt des Verhandelten. R. Prot. II, 67 und 84; Abg. Prot. IV, 104; R. Ref. II, 126.

2) Von dieser Bezeichnung der Personen und ihrer Parteieigenschaft hat das Ganze im französ. Proceß den Namen „Qualitäten".

3) Artikel 285 Absatz 1 Ziffer 1 Pr. O. Vgl. Artikel 241, 280.

4) Artikel 280 Absatz 4 Pr. O.

5) Abg. Prot. II, 91—92.

6) Vgl. Artikel 202 Absatz 3 Pr. O.

7) Artikel 285 Absatz 1 Ziffer 2 Pr. O.

8) Argum. Abg. Ref. II, 111.

Wieweit die Proceßgeschichte ins Einzelne zu gehen hat, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Den Anwalt muß ein richtiges Gefühl leiten. Aus dem Vorverfahren wird in der Regel die Erwähnung der Klagserhebung genügen. Ueber die erfolgte Anwaltsbestellung, den Schriftenwechsel, Acten= und Urkundenmittheilung, Hinterlegung der Anträge, Vertagung der Verhandlung kann, wenn darauf für die Entscheidung nichts ankam, hinweggegangen werden. Handelt es sich aber um Versäumungsfälle aus unterlassener Anwaltsbestellung oder wegen Nichterscheinen des bestellten Anwalts, oder handelt es sich um den Fall eines contradictorischen Urtheils trotz Ausbleibens des bestellten Anwalts bei der Verhandlung, so müssen die bezüglichen Proceßvorkommnisse angegeben werden. Aehnlich verhält es sich mit der Proceßgeschichte in Beziehung auf das Beweisverfahren. Die stattgehabten Beweiserhebungsthatsachen, Zeugenvernehmungen 2c. sind stets als solche zu erwähnen. Das Resultat der Beweiserhebungen, die Erklärungen von Abcitaten, persönlich vorgeladener Parteien brauchen, da sie zu Protokoll und in den Entscheidungsgründen constatirt werden, in der Regel nicht in den Sachverhalt aufgenommen zu werden. Es genügt die Allegation. Doch sind Ausnahmen nach besonderer Sachlage nicht ausgeschlossen.

2) Die Sachverhaltsdarstellung hat sich weiterhin zu erstrecken auf den materiellen Inhalt des Verhandelten. Dahin gehören:

a) Die dem Rechtsstreit zu Grund liegenden Sachverhältnisse [9]), d. h. die in der Verhandlung von beiden Parteien zur Motivirung der Gesuche geltend gemachten Behauptungen und Gegenbehauptungen, Widersprüche und Einräumungen, Geständnisse, Anerkenntnisse, Anerbieten, Verzichte 2c. [10]), — und die hieraus abgeleiteten Rechtsbehelfe, Ansprüche 2c.

Für den Umfang, in welchem dieses thatsächliche Material in den Sachverhalt aufzunehmen ist, erscheint ein doppelter Gesichtspunct maßgebend.

In die parteiliche Sachverhaltsdarstellung soll nur dasjenige Aufnahme finden, was zum gegenwärtigen Rechtsstreit und dessen endlicher Entscheidung gehört. Hienach kann allerdings geboten sein, etwas aufzunehmen, was gerade nicht unmittelbare Bedeutung für das eben erlassene Urtheil hat, wenn nämlich dieses kein Endurtheil, sondern ein Interlocut ist. Die Parteien können sich jetzt schon über Thatsachen geeinigt haben, welche für die nachfolgende Beweisprüfung oder ein sonstiges späteres Proceßstadium von Relevanz sind. Diese gehören zur Sache und folglich zum Sachverhalt. Dagegen ist das außerhalb des Processes liegende Material, was zu dem zu

9) Artikel 285 Absatz 1 Ziffer 2 Pr. O.

10) Durch das Wort „insbesondere in Artikel 285 Absatz 1 Ziffer 2 wird eine exemplificative Aufzählung ausgedrückt. Abg. Prot. II, 130.

entscheidenden Rechtsstreit überhaupt nicht gehört, für die endliche Entscheidung des gegenwärtigen Processes unerheblich ist, auch dann in den Sachverhalt nicht aufzunehmen, wenn es für einen späteren Rechtsstreit relevant werden könnte. Würden solche Thatsachen gleichwohl aufgenommen, so hätte ihre Fixirung keinerlei Effekt für einen anderen Proceß. Denn der Anwalt hatte kein Mandat, über den Bereich der gegenwärtigen Sache hinaus präjudicirliche Erklärungen abzugeben. Stets muß das in den Sachverhalt aufzunehmende Factum im Zusammenhang mit dem der Entscheidung unterliegenden Rechtsstreite stehen.

Im Uebrigen ist Gegenstand der Sachverhaltsdarstellung sowohl dasjenige thatsächliche Material, was schon das Gericht in den Entscheidungsgründen mitverwerthet hat, als auch dasjenige, welches neben diesen, aber gleichfalls zum Processe gehörig herläuft, das Aufnahme in die Entscheidungsgründe und Würdigung gefunden haben würde, wenn das Gericht nicht schon nach einem primären Petitum erkannt hätte, oder welches eventuellen Werth gewinnt, je nachdem der Beweis gelingt oder mißlingt, während das zur Zeit interloquirende Gericht noch keinen Grund fand, eine dem Endurtheil vorläufige Constatirung hierüber zu machen [11]).

Anlangend die Art der Darstellung, so soll diese gedrängt d. h. kurz aber vollständig sein. Man constatirt zunächst dasjenige, worüber kein Streit besteht, reiht das Bestrittene in Anführung der bezüglichen Behauptungen, Verneinungen, Gegenbehauptungen und der daraus abgeleiteten Ansprüche an. Das Ganze soll ein klares und treues Bild des Processes geben, aus welchem der Kern des Streites besonders anschaulich hervortritt. In späteren Urtheilen kann sich auf den Inhalt früherer Sachverhaltsdarstellungen berufen werden; desgleichen kann sich, wenn im selben Sachverhalt Beweisanerbieten nachfolgen, die ein treues und vollständiges Bild des Streites liefern, hierauf an Vortragsstatt bezogen werden. Für End- und Berufungsurtheile soll eine selbständige Darstellung mit thunlichster Vermeidung von Berufungen auf den früheren Sachverhalt stattfinden. Dies liegt in der Natur der Sache. Die species facti wird den motivirten Anträgen entnommen, soweit solche vorhanden und in der Verhandlung inhaltlich reproducirt sind. Das hier allenfalls neu Hinzugekommene wird beigefügt. Die Proceßgeschichte kann je nach Umständen und Lage des Falles selbständig oder in Verbindung mit der species facti gegeben werden.

b) Die bei der Verhandlung gestellten primären wie eventuellen Gesuche, sowohl die Sachgesuche in den Haupt- und Nebenpuncten als die Proceßgesuche (Beweisanerbieten 2c.) [12]).

Die Gesuche der Parteien müssen immer wörtlich aus den hinterlegten Anträgen eingerückt werden. Dies ist für die Frage

11) Abg. Prot. II, 86.
12) Artikel 286 Absatz 1 Ziffer 3 Pr. O.

der Competenz, der Zuläßigkeit der Berufung, der Rechtskraft von großer Bedeutung.

Die Motivirung der Anträge ist hier nicht aufzunehmen. Sie liegt in den an anderer Stelle aufzunehmenden Behauptungen, Widersprüchen rc. und den hieraus abgeleiteten Rechtsbehelfen [13]).

Mündlich zu stellende Gesuche [14]) sind bei der Geschichtserzählung zu erwähnen.

II. Die parteiliche Sachverhaltsdarstellung kommt nur im Anwaltsprocesse vor, im Verfahren bei den Bezirks-, Appellations- und Handelsappellationsgerichten [15]). Im Processe vor den Einzeln- und Handelsgerichten wird der Sachverhalt vom Gerichte in das Urtheil aufgenommen [16]). Beim obersten Gerichtshofe als Cassationsinstanz ist die parteiliche Sachverhaltsdarstellung ebenfalls ausgeschlossen [17]). Entscheidet er ausnahmsweise als ordentliche Instanz [18]), so ist auch hier der Sachverhalt von den Parteien anzufertigen.

Die parteiliche Sachverhaltsdarstellung greift ferner nur bei Urtheilen Platz, also bei Entscheidungen, welche nach öffentlich-mündlicher Verhandlung über einen unter den Parteien strittigen Civilrechtspunct erlassen werden [19]).

Sie ist nur für solche Urtheile vorgeschrieben, welche auszufertigen sind. Inwieweit Letzteres der Fall, wird im folgenden Capitel bemerkt werden.

Liegt aber ein eigentliches, der Ausfertigung an sich fähiges Urtheil eines Bezirks-, Appellations- oder Handelsappellationsgerichts, u. U. auch des obersten Gerichtshofs vor: so ist hiezu die parteiliche Sachverhaltsdarstellung zu fertigen, gleichviel ob dieses Urtheil ein Endurtheil oder ein bloses Interlocut auf Beweis oder Eid ist. Auch bei Versäumungsurtheilen ist die Sachverhaltsdarstellung anzufertigen [20]).

III. Die Sachverhaltsdarstellung hat der Anwalt der in der Hauptsache obsiegenden Partei zu fertigen. Hat dieser den betreffenden Schriftsatz nicht innerhalb der dafür bestimmten gesetzlichen Frist zustellen lassen, so ist jeder andere in der Sache aufgestellte Anwalt befugt, denselben zu fertigen [21]). Die bayr. Pr. O. faßt, abweichend vom französischen Recht, diese den Anwälten übertragene öffentliche Function als eine Pflicht auf. Dies ergibt die Fassung des Artikel 285 Absatz 1:

„Nach der Verkündung des Urtheils hat der Anwalt u. s. w."

Freilich ist die Erfüllung dieser Pflicht nur indirect erzwingbar. Das Recht, die Sachverhaltsdarstellung zu fertigen, geht im Unterlassungsfalle nach Ablauf der dafür bestimmten Frist an den gegnerischen Anwalt über;

---

13) Abg. Prot. II, 87.
14) Vgl. z. B. Artikel 242 Pr. O.
15) Artikel 710 Pr. O.
16) Artikel 512—517 Pr. O.
17) Artikel 817 Pr. O.
18) Vgl. §. 12.
19) Vgl. §§. 67, 233.
20) Artikel 308 Pr. O.
21) Artikel 285 Absatz 1 und 2 Pr. O.

dem säumigen Anwalt entgehen die Gebühren des betreffenden Schriftsatzes; so lange die Sachverhaltsdarstellung nicht bei Gericht hinterlegt ist, kann keine Urtheilsausfertigung erwirkt werden [22]). Ein sachliches Präjudiz, namentlich das folgenschwere der Nichtigkeit des Urtheils, der Verhandlung und der ganzen ihr vorhergegangenen Procedur, das allein völlig ausgereicht haben würde, konnte unmöglich an eine solche Versäumung geknüpft werden [23]). Uebrigens gingen die Gesetzgebungsausschüsse von der Voraussetzung aus, daß die Nichterfüllung der bezeichneten Pflicht durch die Advocatenordnung mit Strafen bedroht werden würde [24]).

Bestehen Zweifel, wer der in der Hauptsache obsiegende Theil sei, ist wie bei Zwischenbescheiden ꝛc. nach der Natur des Urtheils zur Zeit eine in der Hauptsache obsiegende Partei noch nicht ersichtlich, sind beide Theile theilweise unterlegen, theilweise Sieger geblieben, so kömmt die Sachverhaltsdarstellung zunächst demjenigen Anwalte zu, welcher die Verhandlung betrieben hat, bei Versäumungsurtheilen demjenigen Anwalte, welcher das Urtheil erwirkt hat [25]), mag nun dieses ein Endurtheil sein oder auf Beweis lauten [26]).

IV. Die Sachverhaltsdarstellung ist von Verkündung des Urtheils gerechnet innerhalb acht Tagen anzufertigen und dem Gegner zuzustellen [27]). Ist diese Frist ungenützt verstrichen, so ist jeder andere in der Sache aufgestellte Anwalt befugt, den Sachverhalt zu fertigen und zustellen zu lassen. Die französische Praxis verlangt, um diese Saumsal zu constatiren, daß dem obsiegenden Anwalt vom Gegenanwalte eine Aufforderung zur Anfertigung und Zustellung der Qualitäten zugestellt werde. Dies kostspielige und unnöthige Actenstück kennt die bayr. Pr. O. nicht. Mit Ablauf der gesetzlichen Frist tritt ipso iure das Recht der Anfertigung für den Gegenanwalt ein [28]).

Handelt es sich um die Sachverhaltsdarstellung zu Versäumungsurtheilen, so besteht selbstverständlich eine solche Frist nicht [29]).

V. Die Darstellung des Sachverhalts geschieht durch Anfertigung eines Schriftsatzes (Anwaltsact). Dieser ist sowohl für Versäumungs- wie für contradictorische Urtheile herzustellen. Außer dem ihm eigenthümlichen Inhalt muß er den allgemeinen Erfordernissen eines Anwaltsactes nach Artikel 165 der Pr. O. genügen.

VI. Die Sachverhaltsdarstellung muß dem Anwalte der Gegenpartei und, wenn in der Sache mehrere Anwälte aufgestellt sind, jedem derselben zugestellt werden [30]).

Steht eine Mehrheit von Personen auf derselben Partei (mehrere Kläger, Beklagte), welche von verschiedenen Anwälten vertreten werden, so folgt schon aus allgemeinen Bestimmungen, daß jedem Anwalt eine besondere Zustellung zu machen ist. Die Pr. O. erweitert aber diese Vorschrift noch dahin, daß sie nicht nur dem eigentlichen Gegner des obsiegenden

22) Artikel 289 Pr. O.
23) Abg. Prot. II, 78, 80—81.
24) R. Prot. II, 92.
25) Artikel 308 Pr. O.
26) Artikel 324 Absatz 2 Pr. O.
27) Artikel 285 Absatz 1 und 2 Pr. O.
28) R. Prot. II, 92.
29) Artikel 308 Pr. O.
30) Artikel 285 Absatz 1 Pr. O.

Theils, sondern allen überhaupt Betheiligten zugestellt werden muß. In vielen Fällen der Gewährschaftsklage z. B. steht der Gewährschaftsbeklagte in keinem processualen Nexus mit dem obsiegenden Hauptkläger, wird von diesem für das Urtheil gar nicht in Anspruch genommen. Gleichwohl gilt das Urtheil auch für ihn. Es muß deshalb die Sachverhaltsdarstellung diesem gleichfalls, überhaupt jedem Betheiligten zugestellt werden [31]).

Die Zustellung muß stets durch Gerichtsvollzieheract geschehen. Die Vorschrift des Artikel 205 der Pr. O. ist hier nicht anwendbar. Der instrumentirende Gerichtsvollzieher darf das Original der Zustellungsurkunde seinem Auftraggeber erst am zweitnächsten Tage einhändigen, wenn er nicht etwa darin sofort zu constatiren in der Lage ist, daß auf den Einspruch gegen die Sachverhaltsdarstellung verzichtet werde. Uebrigens ist dem obsiegenden Anwalte unbenommen, seinem Collegen die Sachverhaltsdarstellung vor der Zustellung von kurzer Hand zur Einsicht mitzutheilen. Es ist dies sogar zweckentsprechend, damit sich die Anwälte zum Voraus einigen und der Einspruch erspart wird.

Bei Versäumungsurtheilen findet eine Zustellung der Sachverhaltsdarstellung an die Gegenpartei nicht statt, gleichviel ob ein Anwalt für dieselbe aufgestellt ist oder nicht [3]). Die Sachverhaltsdarstellung wird sofort auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt. Um rasch Ausfertigung zu erhalten, ist zweckmäßig, dieselbe schon mit Schluß der Verhandlung zu übergeben.

## §. 359.

I. Verlangt einer derjenigen Anwälte, welchen die Sachverhaltsdarstellung zugestellt worden ist, gleichviel ob dies der eigentliche Gegenanwalt des obsiegenden Theils oder ein sonst betheiligter Anwalt ist [1]), eine Abänderung der in der Sachverhaltsdarstellung enthaltenen Personenangabe (Artikel 285 Ziffer 1 Pr. O.) oder der darin enthaltenen Proceßgeschichte, species facti, Parteigesuche (Artikel 285 Ziffer 2 und 3 Pr. O.), so hat er dies spätestens am Tage nach der Zustellung dem zustellenden Gerichtsvollzieher mündlich zu erklären. Eine nähere Angabe der zu beantragenden Abänderung ist damit nicht zu verbinden. Der Gerichtsvollzieher ist verpflichtet, die ihm gemachte Erklärung auf der Urschrift der zu diesem Behuf zurückbehaltenen Zustellungsurkunde vorzumerken [2]). Einspruch gegen die Sachverhaltsdarstellung.

Die Einspruchsfrist läuft auch während der Gerichtsferien. Die Sachverhaltsregulirung darf und soll während derselben vor sich gehen [3]).

Der Einspruch ist ein verzichtbares Recht. Die Sachverhaltsdarstellung wird niemals von Amtswegen geprüft und regulirt, auch dann nicht, wenn sie in Widerspruch mit der thatsächlichen Motivirung des Urtheils steht. Das richterliche Prüfungsrecht tritt nur ein, wenn Einspruch erhoben wurde und soweit dies der Fall. Wird der Einspruch unterlassen oder eini-

---

31) Abg. Prot. IV, 82.
32) Artikel 308 Pr. O.
1) R. Ref. II, 128.
2) Artikel 286 Absatz 1 Pr. O.
3) Artikel 139 Ziffer 6 und Artikel 142 Absatz 1 des Einf. Ges. z. Pr. O.

gen sich nach erhobenem Einspruch die Parteien, so würde eine Aenderung der Sachverhaltsdarstellung wider deren Willen oder ohne parteiliche Veranlassung gegen das Princip der Verhandlungsmaxime verstoßen [4]). Was aber

II. die Erledigung des erhobenen Einspruchs betrifft, so erfolgt diese nach den Vorschriften der bayer. Pr. O.

1) nicht durch das Gericht, den aburtheilenden Senat, sondern einzelnrichterlich durch den Vorsitzenden, in dessen Verhinderung durch seinen gesetzlichen Stellvertreter, nämlich den ältesten der bei der Urtheilsfällung thätig gewesenen Richter [5]), wenn auch dieser verhindert ist, durch den nächstältesten u. s. w. [6]). Da der Einspruch nicht vor dem Gerichte verhandelt wird, folglich auch der höheren Wirkung entbehrt [7]), so wird er wie in der Pfalz zu den Seltenheiten gehören. Zugleich ist damit eine Vereinfachung des Verfahrens gegeben und verhütet, daß der Fall häufig vorkomme, in welchem Richter über den Einspruch erkennen, die bei der Verhandlung nicht waren.

Fällt der Streit über die Sachverhaltsdarstellung in die Zeit der Gerichtsferien, so hat, wenn ein bei der Urtheilsfällung thätig gewesener Richter am Gerichtssitze anwesend ist, dieser, falls aber mehrere solche Richter anwesend sind, der im Range vorhergehende über das Abänderungsverlangen und zwar selbst dann zu entscheiden, wenn er dem Feriensenate nicht angehört. Ist ein solcher Richter nicht anwesend, so steht die Entscheidung dem Vorstande des Feriensenates zu [8]).

2) Nach erfolgtem Einspruch sind, wenn sich die Anwälte nicht privatim einigen [9]), dem Vorsitzenden die Sachverhaltsdarstellung und die bezügliche Zustellungsurkunde mit der darauf befindlichen Einspruchserklärung zu übergeben. Dieser behändigt solche gegebenen Falls an den sonst zur Erledigung des Einspruchs berufenen Richter u. s. w.

Der Richter bescheidet von kurzer Hand mündlich oder schriftlich aber formlos die betheiligten Anwälte zu sich, hört deren mündliche Bemerkungen, welche schriftlich nicht zu fixiren resp. zu übergeben sind, und prüft hienach, ob und welche Aenderungen veranlaßt sind [10]).

Bejahenden Falls nimmt er die erforderlichen Aenderungen auf dem Schriftsatze von kurzer Hand selbst vor. Andernfalls ist, um den auf der Zustellungsurkunde befindlichen Einspruchsvermerk als erledigt zu declariren, dieser Urkunde die Bemerkung beizusetzen, daß dem erhobenen Verlangen keine Folge gegeben worden sei. Diese Bemerkung beziehungsweise die etwa vorgenommenen Aenderungen werden von dem Richter unterzeichnet.

---

4) R. Prot. II, 71 und 74.
5) Artikel 286 Absatz 2 Pr. O.
6) Abg. Prot. IV, 79, 82.
7) Vgl. §. 360.
8) Artikel 140 Absatz 7 Einf. Ges. z. Pr. O.
9) Was wünschenswerth und in der Pfalz Praxis ist. Abg. Prot. IV, 79.
10) Abg. Prot. IV, 82; R. Ref. II, 126—127.

Gegen die getroffene Bestimmung finden weder Einspruch noch Rechtsmittel statt [11]).

War der die Sachverhaltsdarstellung regulirende Richter etwa mit dem gefällten Urtheil und den ihm zu Grund gelegten thatsächlichen Annahmen nicht einverstanden, sondern bei der Abstimmung in der Minorität geblieben: so darf er gleichwohl nicht seine persönliche Wahrnehmung und Auffassung über den Ausspruch des Gerichts und das darin thatsächlich Constatirte setzen. Er darf nichts hievon Abweichendes in das Urtheil übertragen, sondern ist, insoweit sie bei der Sachverhaltsregulirung in Frage kommen, an die thatsächlichen Feststellungen des Urtheils gebunden [12]).

III. Der den Sachverhalt enthaltende Schriftsatz ist, wenn ein Verlangen auf Abänderung desselben nicht erhoben worden oder das erhobene erledigt ist [13]), sammt der Zustellungsurkunde [14]) sofort auf der Gerichtsschreiberei zu hinterlegen [15]).

Hier bleibt die Sachverhaltsdarstellung aufbewahrt. Sie bildet eine wesentliche Beilage zum Urtheil, wird aber in das Urtheilsbuch nicht eingetragen, sondern lediglich in die Urtheilsausfertigung aufgenommen [16]).

Eine Urtheilsausfertigung, in welcher die Sachverhaltsdarstellung gänzlich fehlt, wäre nichtig. Dasselbe gilt, wenn zwar der Sachverhalt in der Urtheilsausfertigung enthalten ist, aber auf legale Weise nicht zu Stande kam, indem z. B. der betreffende Schriftsatz nicht zugestellt, der erhobene Einspruch noch nicht erledigt wurde.

## §. 360.

I. Der rechtliche Werth der Sachverhaltsdarstellung wird bestimmt durch ihren Zweck, ihren Inhalt, ihre Quelle und ihren formalen Charakter.

Die Sachverhaltsdarstellung ist die Beurkundung des Proceßthatbestands zum Urtheil, im Gegensatz zur Beurkundung des Entscheidungsthatbestands im Urtheil. Diese bezielt die thatsächliche Motivirung des gesprochenen Urtheils, jene die Sicherung seiner Identität und Tragweite für die Zukunft. Diese sagt, warum so und nicht anders gesprochen, jene, worüber und wie Proceß geführt wurde [1]).

11) Artikel 286 Absatz 2 Pr. O.

12) Abg. Prot. IV, 79; R. Ref. II, 126--127.

13) Artikel 286 Pr. O. Vgl. R. Ref. II, 128.

14) Hieraus muß sich der Gerichtsschreiber überzeugen, ob die Sachverhaltsdarstellung zur Aufnahme in die Urtheilsausfertigung bereift ist.
Bei Versäumungsurtheilen findet eine Zustellung nicht statt. Artikel 308 Pr. O. S. O.

15) Artikel 287 Pr. O.

16) Abg. Prot. II, 86.

1) Nebenzweck der Sachverhaltsdarstellung ist die Fernhaltung eines vorwiegend protokollarischen, schriftlichen Charakters der Verhandlung, indem das die Verhandlung begleitende Sitzungsprotokoll durch nachfolgende Beurkundung des Sachverhalts ersetzt werden soll, — ferner die Ergänzung der die Verhandlung begleitenden Protokollbeurkundungen (Urkundsertheilung, schriftliche Anträge, Separatprotokolle rc.), indem durch die Sachverhaltsdarstellung der nöthige Zusammenhang und ein Gesammtüberblick über das Ganze des Processes erzielt werden soll. Abg. Prot. II, 77, 78, 82, 86.

Mit der thatsächlichen Motivirung des Urtheils fällt die Sachverhaltsdarstellung sowenig zusammen, als sich Proceß- und Entscheidungsthatbestand decken. Da ein auf rechtliche Motive beschränktes Urtheil kein logisches Ganze bilden würde, müssen die Entscheidungsgründe auch factisches Material in sich aufnehmen, aber in begränztem Umfang, nicht mehr, als was zur Urtheilsbegründung erforderlich ist. Die Sachverhaltsdarstellung als der weitere Kreis mitumfaßt das dort verwerthete factische Material, ohne sich darauf zu beschränken. Ja es ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß Entscheidungsgründe und Sachverhaltsdarstellung sich inhaltlich widersprechen.

Die Sachverhaltsdarstellung ist ein Parteiact, eine in der Parteiauffassung wurzelnde Reproduction des Proceßthatbestands. Der thatsächliche Theil der Urtheilsmotive ist ein gerichtlicher Act, die richterliche Reproduction von thatsächlichem Verhandlungsmaterial.

Die Sachverhaltsdarstellung kann zwar mit zur Erläuterung des Urtheils dienen, aber als solche ist sie kein Urtheilsbestandtheil. Sie wird es auch nicht, weder durch Einrückung in die Urtheilsausfertigung noch dadurch, daß sie mit den Entscheidungsgründen im Gegenstand theilweise, mitunter wie bei Versäumungsurtheilen völlig zusammentrifft. Denn sie gehört nicht zur Urtheilsurschrift, wird nicht ins Urtheilsbuch eingetragen, sondern der Ausfertigung beigegeben. Sie bewahrt durchweg den formalen Charakter einer selbständigen Proceßhandlung für sich [2]).

II. Die Wirkungen der Sachverhaltsdarstellung sind hienach theils äußere, theils innere.

Weder die Fällung, noch die Abfassung, Verkündung und Eintragung des Urtheils in das Urtheilsbuch ist von der Sachverhaltsdarstellung bedingt, — aber seine Ausfertigung und folglich *seine Vollziehbarkeit* [3]).

*Der Inhalt* der Sachverhaltsdarstellung äußert zwar keinen rückwirkenden, alterirenden Einfluß auf das gesprochene Urtheil, auch dann nicht, wenn er im Widerspruch mit dessen Motivirung stehen sollte. Aber er kann von wesentlicher Bedeutung werden für den zukünftigen Verlauf des rechtskräftig noch nicht erledigten wie eines etwa nachfolgenden Processes, *indem er urkundlichen Beweis liefert* über Inhalt, Umfang und Gegenstand des bisherigen Rechtsstreits, die Identität des Proceßobjects, die Tragweite der Entscheidung [4]), wenn auch durch ihn Rechtsverhältnisse selbständig nicht begründet werden können [5]). Indessen muß man unterscheiden. Die eben erwähnte Beweiskraft kömmt

1) jener Sachverhaltsdarstellung nicht zu, welche auf parteilicher Uebereinkunft nicht beruht, über welche die Parteien nicht einig geworden sind, so daß die Fixirung gegen den Widerspruch der einen oder andern Partei vom Vorsitzenden ausgieng.

Insoweit dies der Fall, steht nach dem innersten Wesen des mündlichen Verfahrens der betreffenden Partei das Recht zu, im höheren Rechtszug u. s. w. die Thatbestandsfixirung als eine irrige

2) Abg. Prot. II, 78, 81, 82, 83, 86.
3) Abg. Prot. II, 86. Vgl. Artikel 289 Pr. O.
4) Actio und exceptio rei judicatae.
5) Abg. Prot. IV, 79.

zu bekämpfen, und zwar sowohl die in den Entscheidungsgründen wie die in der Sachverhaltsdarstellung enthaltene. Der Ausspruch des Vorsitzenden hat nicht die Natur einer Entscheidung. Selbst wenn die von ihm beliebte Feststellung ganz in Uebereinstimmung mit dem Inhalt der Entscheidungsgründe und mit dem Vorbringen der einen Partei geschah, erlangt sie nur einen höheren Grad von Glaubwürdigkeit, keineswegs stellt sie etwas absolut Gewisses dar, vor dem sich die Gegenpartei unbedingt beugen müßte. Darum wurde im Marginale zu Artikel 285 der Pr. O. der Ausdruck „Feststellung" mit dem Worte „Darstellung" des Sachverhalts vertauscht[6]). Auch die Vorschrift des Artikel 295 der Pr. O. ist auf Entscheidungsgründe beschränkt[7]).

2) Anders verhält sich die Sache, wenn und insoweit die Parteien über die Sachverhaltsdarstellung einig sind, sei es, daß Einspruch gar nicht eingelegt oder der erhobene gütlich beglichen wurde. Hiemit ist ein für allemal das Thatsächliche des Rechtsstreits für diese und jede weitere einschließlich der Cassationsinstanz wie für etwaige Nachprocesse gleichsam vertragsmäßig unter den Parteien festgestellt[8]).

Dies muß selbst in dem Falle gelten, wenn der also vereinbarte Sachverhalt im Widerspruch steht mit der thatsächlichen Motivirung des Urtheils, es sei denn, daß beide Parteien hinterher diese als richtig anerkennen, oder daß diese nachweislich das allein Richtige enthält und auf Seite der solches späterhin behauptenden Partei ein Irrthum bei der ihrerseits mitbethätigten Herstellung des Sachverhalts dargethan wird.

Von welch' großer Bedeutung die Sachverhaltsdarstellung insbesondere für die Cassationsinstanz hinsichtlich der Prüfung eingehaltener Formalitäten ꝛc., aber auch für die Würdigung eventueller Behauptungen und Ansprüche durch dieselbe oder die Berufungsinstanz erscheint, ist hienach klar.

## V. Capitel.

## Ausfertigung des Urtheils.

### §. 361 [1]).

Die Nothwendigkeit der Urtheilsausfertigung ergibt sich daraus, daß nach den Grundsätzen der bayr. Pr. O. das Urtheil nur in dieser Form,

6) Abg. Prot. IV, 78—79, 82; R. Ref. II, 125—126.
7) Abg. Prot. IV, 83.
8) Abg. Prot. II, 75; IV, 79.
1) Quellen zu Artikel 170 Pr. O. sieh' bei §. 264.
Quellen zu Artikel 288 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 112—113; III, 41.
Abg. Prot. II, 72, 94—95, 132—133, 146; IV, 82, 128.

sei es zum Weiterbetrieb des Processes, zur Anfechtung, zur Zwangsvollstreckung oder zum Beweise über die Feststellung eines Rechtsverhältnisses[2]) benützbar ist[3]).

Die Voraussetzungen der Ausfertigung sind ein an sich ausfertigbares, und ein zur Ausfertigung reifes Urtheil, endlich ein Ausfertigungsbegehren.

I. Ihrer Natur nach sind für die Regel alle Urtheile ausfertigbar. Ob das Urtheil einen definitiven oder Zwischenbescheid enthält, ob es ein contradictorisches oder Versäumungsurtheil ist, macht für die Frage seiner Ausfertigbarkeit keinen Unterschied.

Ausnahmsweise bestimmt das Gesetz, daß Vertagungsurtheile[4]), Verfügungen auf Streichung der Sache vom Hauptverzeichniß, auf Fixirung der Verhandlungstagfahrt zur stattgehabten Hinterlegung der Anträge, überhaupt Urtheile, zu welchen eine Sachverhaltsdarstellung nicht gefertigt wird, wie jene Beurkundungen, welche im Artikel 281 der Pr. O. erwähnt werden, nur dann auszufertigen sind, wenn besondere Verhältnisse dies veranlassen[5]). Welche Verhältnisse gemeint sind, sagt das Gesetz nirgends. Demzufolge ist das Ermessen des Gerichtsschreibers, eventuell des Gerichtsvorstands oder Gerichts maßgebend. Da aus der Ertheilung sol-

---

R. Ref. I, 13—18.
R. Prot. II, 94.
Quellen zu Artikel 289 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 112—113; III, 41.
Abg. Prot. II, 72, 95, 132—133, 146—147; IV, 82—83, 104, 128.
R. Ref. I, 13—18; II, 128—129.
R. Prot. II, 95; IV, 39.
Quellen zu Artikel 290 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 41.
Abg. Prot. IV, 83, 129.
R. Ref. I, 17; II, 129—130.
R. Prot. II, 95; IV, 39.
Quellen zu Artikel 291 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 112—113; III, 41.
Abg. Prot. II, 72, 95, 132—133, 147; IV, 83, 129.
R. Ref. I, 18; II, 130.
R. Prot. II, 95; IV, 39.
Quellen zu Artikel 292 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 112—113; III, 41.
Abg. Prot. II, 72, 95, 132—133, 147, 451; IV, 83, 129.
R. Ref. I, 18; II, 130.
R. Prot. II, 95; IV, 40—41.
Quellen zu Artikel 293 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 73, 95, 133, 147.
R. Ref. I, 18.
R. Prot. II, 95.
Vgl. §. 265 dieses Werkes.
Vgl. hannöv. Prot. 1693 und mein Gerichtsvollzieherhandbuch §. 114 u. ff.

2) Urtheile auf Anerkennung z. B. eines bestehenden Servitutrechts 2c.

3) Vgl. §. 357 Ziffer III.

4) Die die Vertagungsurtheile betreffende Bestimmung ist an Stelle des abgestrichenen Absatz 3 Artikel 222 des Reg. Entw. getreten. Abg. Prot. II, 95.

5) Artikel 293 Pr. O.

cher Ausfertigungen nicht wohl ein Nachtheil entstehen kann, wird sie nicht zu erschweren sein.

II. Ausfertigung vom Urtheile kann erst ertheilt werden, wenn

1) dieses Urtheil in das Urtheilsbuch eingetragen und der Eintrag vorschriftsmäßig unterzeichnet ist [6]), und

2) wenn die parteiliche Sachverhaltsdarstellung in gleicher Weise hinterlegt ist [7]), die in Artikel 281 der Pr. O. erwähnten Urtheile natürlich ausgenommen.

III. Die Urtheilsausfertigung erfolgt nicht von Amtswegen, sondern nur auf Begehren einer hiezu berechtigten Person.

1) Einfache Ausfertigungen kann von den bei unbeschränkter Oeffentlichkeit der Verhandlung erlassenen Urtheilen Jedermann verlangen, gleichviel ob er Partei oder ein sonstiger Interessent ist oder nicht. Selbstverständlich erfolgt die Ausfertigung nur gegen Entrichtung der Gebühren [8]). Eine einfache Ausfertigung genügt stets, wenn es sich nicht um den Betrieb der Zwangsvollstreckung [9]) handelt.

Von den bei beschränkter Oeffentlichkeit der Verhandlung erlassenen Urtheilen können in der Regel nur die Parteien Ausfertigung verlangen. Ausnahmsweise kann einfache Ausfertigung auch dritten Personen ertheilt werden, vorausgesetzt, daß der Gerichtsvorstand den Gerichtsschreiber ausdrücklich hiezu ermächtigt. Die Ermächtigung darf nur auf Verlangen und, wenn der Gesuchsteller ein rechtliches Interesse bescheinigt, ertheilt werden [10]).

Einfache Ausfertigungen können so oft ertheilt werden, als ein bezügliches Verlangen gestellt wird.

In den Fällen, in welchen einfache Ausfertigung nachgesucht werden kann, darf auch an Stelle derselben einfache Abschrift begehrt werden [11]).

2) Vollstreckbare Urtheilsausfertigung ist nur zum Behufe der Zwangsvollstreckung, aber zu diesem Zweck unbedingt erforderlich.

Demgemäß kann eine solche, selbstverständlich gegen Entrichtung der Gebühren, von jeder Partei, zu deren Gunsten Verurtheilung erfolgt ist, aber auch nur von dieser Partei erholt werden [12]). Das Nähere hierüber findet sich in meinem Handbuch „der Gerichtsvollzieherdienst“ §. 114 u. ff.

Eine vollstreckbare Ausfertigung kann auch der obsiegenden Partei in der Regel nur einmal ertheilt werden [13]). Die Ertheilung einer zweiten oder ferneren vollstreckbaren Ausfertigung ist wegen

---

6) Argum. Artikel 289 Absatz 2 Pr. O. Vgl. R. Prot. II, 94.
7) Argum. Artikel 289 Absatz 1 Ziffer 4 Pr. O.
8) Artikel 288 Absatz 1 Pr. O.
9) Artikel 288 Absatz 2 und Artikel 821 Pr. O.
10) Artikel 170 Pr. O. Vgl. §. 265 und Abg. Prot. II, 94.
11) Vgl. §. 265.
12) Artikel 288 Absatz 2 Pr. O.
13) Zur Controle hierüber wird deshalb die Ertheilung jeder vollstreckbaren Ausfertigung vorgemerkt. Vgl. Artikel 290 Absatz 2, Artikel 291 Absatz 2 Pr. O.

der Gefahr einer doppelten oder mehrfachen Vollstreckung desselben Urtheils im Allgemeinen unstatthaft. Befindet sich der obsiegende Theil nicht mehr im Besitze der ihm ertheilten vollstreckbaren Ausfertigung, so ist die rechtliche Vermuthung begründet, daß die Schuld getilgt und zum Beweise dessen die Urtheilsausfertigung bei der Zahlung an Quittungsstatt dem Schuldner behändigt oder vernichtet wurde. Indessen sind Fälle möglich, in denen es einer neuen vollstreckbaren Ausfertigung gleichwohl bedarf, weil vielleicht die erste vor dem Vollzug durch irgend ein Ereigniß dem Gläubiger abhanden gekommen oder für ihn unbrauchbar geworden ist rc.[14]). Deshalb gestattet das Gesetz ausnahmsweise die Ertheilung einer neuen Ausfertigung unter folgenden Voraussetzungen[15]):

a) Der obsiegende Theil hat ein bezügliches Gesuch schriftlich an den Gerichtsvorstand zu stellen. Ein Anwaltsact ist hiezu nicht erforderlich. In dem Gesuche sind die Gründe anzugeben, aus welchen die erste Ausfertigung nicht mehr benützt werden kann. Auch ist zu bemerken, ob die Schuld noch vollständig besteht oder theilweise und bis zu welchem Betrage getilgt ist.

b) Der Gerichtsvorstand darf die Erlaubniß zur Ertheilung einer weiteren Ausfertigung nur nach vorgängigem Gehör des Schuldners ertheilen.

Demgemäß hat der Gerichtsvorstand zu dem erwähnten Zweck Tagfahrt anzuberaumen. Er setzt die bezügliche Verfügung auf die Eingabe des Gesuchstellers, mit welcher sie diesem im Original vom Gerichtsschreiber behufs Ladung der Gegenpartei behändigt wird.

Der Schuldner kann dem Gesuche mit Erfolg widersprechen, wenn er sofort nachweist, daß die Urtheilsvollstreckung überhaupt nicht mehr zuläßig erscheint, weil z. B. das Urtheil bereits erfüllt ist. Die Einwendungen des Schuldners hat der Gerichtsvorstand nach freiem Ermessen zu würdigen. Es versteht sich von selbst, daß, wenn seine Einwendungen verworfen werden, ihm gleichwohl alle Rechte, die Widerspruchsklage gegen die spätere Vollstreckung u. s. w. vorbehalten bleiben.

Ergibt sich aus dem Vorbringen der Parteien, sei es beider Parteien oder des Gesuchstellers allein, wenn z. B. der Schuldner in der Tagfahrt richtiger Ladung ungeachtet nicht erschienen ist, daß nur ein Theil der im Urtheile festgesetzten Schuld noch im Rückstande sich befindet, so ist dies im Beschlusse zu bemerken und die Ausfertigung nur für den rückständigen Schuldbetrag vollstreckbar zu erklären.

c) Gegen den Beschluß, wodurch eine neue Ausfertigung bewilligt wurde, findet weder Einspruch (zum Gerichte) noch Beschwerde statt, gleichviel ob der Schuldner in der Tagfahrt erschienen war oder nicht. In dieser Beziehung weicht die Proceßordnung von den Bestimmungen des Notariatsgesetzes ab, welches für Streitig-

---

14) Vgl. die Motive zum preuß. Entwurf. S. 243.
15) Artikel 291 Pr. O.

keiten allgemein die Entscheidung des Bezirksgerichts vorbehält[16]). Die Pr. O. will jedes weitläufige Verfahren hier abschneiden, weil dem Schuldner durch die Ertheilung einer neuen Ausfertigung an den Gläubiger in der Hauptsache nicht präjudicirt wird[17]).

d) Der Beschluß, wodurch die weitere Ausfertigung bewilligt ist, wird auf der Gerichtsschreiberei aufbewahrt. Zugleich ist von demselben auf der Urschrift des Urtheils Vormerkung zu machen und auf der neuen, als zweite, dritte ꝛc. zu bezeichnenden Ausfertigung Erwähnung zu thun.

Lautet der, kurz zu motivirende, Beschluß auf Abweisung des Gesuchstellers, so ist er demselben auf Verlangen im Original auszuhändigen[18]).

3) Ist die Ertheilung einer begehrten Ausfertigung verweigert worden, so kann sich die Partei, welche dieselbe verlangt hat, dagegen mittels einfacher Vorstellung an das Gericht wenden.

Dies gilt nicht blos in dem Falle, in welchem der Gerichtsvorstand die nachgesuchte Ertheilung einer zweiten oder ferneren vollstreckbaren Ausfertigung verweigert hat, sondern auch in allen anderen Fällen, in welchen eine erste vollstreckbare oder eine einfache Ausfertigung verweigert wurde. Gieng die Verweigerung vom Gerichtsschreiber aus, so kann gegen dessen Verfahren unmittelbar zum Gericht oder vorerst von kurzer Hand an den Gerichtsvorstand und wenn auch dieser die Verweigerung aufrecht hält, gegen dessen, kurz zu motivirenden Beschluß Einspruch an das Gericht erhoben werden[19]).

Allerdings hat die Gestattung des Einspruchs an das Gericht gegen Entscheidungen des Gerichtsvorstandes etwas Exceptionelles. Das Gesetz hat diese Art Einspruch hier zugelassen, um der Partei den umständlicheren Weg sofortiger Beschwerde an den höheren Richter zu ersparen[20]).

Der an das Bezirksgericht gerichtete Einspruch muß in einem Anwaltsact niedergelegt werden[21]).

Es wird darüber ohne Beiziehung der Gegenpartei in geheimer Sitzung entschieden[22]).

Wird das Verfahren des Gerichtsschreibers gebilligt oder der Beschluß des Gerichtsvorstandes bestätigt, so steht dem Gesuchsteller hiegegen das Rechtsmittel der Beschwerde zu[23]). Hiebei ist die Vorschrift des Artikel 744 der Pr. O. nicht außer Acht zu lassen, da sich das Verfahren nach Hauptstück XXVIII der Pr. O. zu richten hat. Bleibt es endgiltig bei der Verweigerung, so befindet sich der Gesuchsteller allerdings unter Umständen in schlimmer Lage, da er namentlich ohne den Besitz einer vollstreckbaren Ausfertigung die

16) Artikel 88.
17) Abg. Prot. II, 133.
18) Artikel 651 Pr. O.
19) Abg. Prot. II, 451.
20) R. Prot. III, 39–41.
21) Artikel 644 Pr. O.
22) Artikel 649 Pr. O.
23) Artikel 292 Absatz 2 und Artikel 738 Pr. O.

Urtheilsvollstreckung nicht erwirken kann. Die Pr. O. gibt Vorschriften für diesen Fall nicht. Soll der Gesuchsteller nicht auf ein solches ganz formloses Verfahren rechtlos gestellt werden, so wird ihm ein Klagerecht auf das Fortbestehen der betreffenden Schuld mindestens dann nicht abzusprechen sein, wenn für ihn die Möglichkeit nicht besteht, die ihm zu Verlust gegangene erste Ausfertigung aus besonderem Titel sich von dem Besitzer im Klagswege zu verschaffen [24]).

Gegen den Gerichtsbeschluß, durch welchen die verlangte Ausfertigung bewilligt wird, findet kein Rechtsmittel statt und es kommen bezüglich desselben, wenn es sich um eine zweite oder weitere vollstreckbare Ausfertigung handelt, die Bestimmungen zur Anwendung, welche zu beobachten gewesen wären, wenn schon der Gerichtsvorstand die Ertheilung der Ausfertigung bewilligt hätte. (Artikel 291 Absatz 2 Pr. O. [25])

## §. 362.

I. Die Urtheilsausfertigungen werden vom **Gerichtsschreiber** ertheilt [1]). Das Begehren um Ausfertigung ist deshalb an diesen zu richten.

Gleichviel, ob es sich um einfache oder vollstreckbare Ausfertigung handelt, ist zu deren Ertheilung eine Erlaubniß des Gerichtsvorstandes für die Regel nicht [2]), sondern nur in den bereits erwähnten beiden Ausnahmsfällen [3]) erforderlich.

II. Die Urtheilsausfertigung besteht in der formalen Zusammenfassung des Urtheils und der Sachverhaltsdarstellung zu einem einheitlichen Ganzen.

a) **Ohne Unterschied zwischen einfachen und vollstreckbaren Ausfertigungen** führen alle Ausfertigungen die Ueberschrift:
„Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern"
und müssen enthalten:
1) die Bezeichnung des Gerichts;
2) die Bezeichnung der Parteien und ihrer Vertreter;
3) den Urtheilsatz;
4) den Sachverhalt und die gestellten Gesuche (es ist der ganze Sachverhalt einschließlich der Proceßgeschichte einzustellen) [4]);
5) die Entscheidungsgründe;
6) den Tag der Verkündung, die Bezeichnung der hiebei anwesenden Gerichtspersonen und, falls nicht alle Richter, welche zu dem Urtheile mitgewirkt haben, bei der Verkündung anwesend waren, die Namen der abwesenden und den Grund der Abwesenheit [5]).

---

24) Vgl. Wernz a. a. O. S. 300.
25) Artikel 292 Pr. O.
1) Artikel 289 Absatz 1 Pr. O.
2) Abg. Prot. II, 95.
3) Artikel 291 und Artikel 170 Absatz 1 Pr. O. voce „doch ist dritten Personen u. s. w.
4) Abg. Prot. IV, 82—83.
5) Vgl. Artikel 277 Absatz 3 und Artikel 280 Ziffer 2 Pr. O. R. Ref. II, 129.

Dies Alles ist theils aus dem Urtheilsbuch, theils aus der Sachverhaltsdarstellung zu entnehmen. Die Bezeichnung der Parteien und ihrer Vertreter, der Sachverhalt und die gestellten Gesuche sind aus dem die Sachverhaltsdarstellung enthaltenden Schriftsatze, der Tag der Verkündung, der Urtheilssatz und die Entscheidungsgründe sowie die Bezeichnung der Gerichtspersonen sind nach dem Eintrag und den bezüglichen Vormerkungen des Urtheilsbuchs in den Text der Ausfertigung [6]) einzurücken d. h. wörtlich überzutragen.

Die obige Reihenfolge ist einzuhalten. Hat aber der Eintrag des Urtheils im Urtheilsbuch den Urtheilssatz nach den Entscheidungsgründen, so tritt auch in der Ausfertigung der Urtheilssatz an die fünfte Stelle [7]).

Am Schlusse hat der Gerichtsschreiber die auf der Urschrift des Urtheils befindlichen Unterschriften anzugeben, den Gleichlaut durch seine Unterschrift ohne weiteren Beisatz, jedoch unter Beifügung des Datums der Ausfertigung zu bescheinigen und das Gerichtssiegel beizudrücken [8]). Die Datirung ist deshalb vorgeschrieben, weil es nicht selten für die Parteien von Werth ist, zu wissen, ob eine Ausfertigung zu einer gewissen Zeit schon existirt hat oder nicht [9]).

b) Vollstreckbare Ausfertigungen tragen unter den Worten:

„Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern"

die weitere Ueberschrift:

„Vollstreckbare Ausfertigung"

und am Schlusse nach der Angabe der auf der Urschrift befindlichen Unterschriften die Worte:

„Vorstehende dem N. N. (Bezeichnung der Partei nach Namen oder Parteistellung) ertheilte Ausfertigung wird hiemit als vollstreckbar erklärt [10]).

Wenn z. B. die Kläger als Erben des früheren Gläubigers Urtheil erwirkt haben und nun zusammen eine executorische Ausfertigung verlangen, so genügt zu sagen „vorstehende den Klägern ertheilte Ausfertigung u. s. w." Ihre Namen können wegbleiben, da sie sich ohnehin im Contexte finden [11]).

Wird eine vollstreckbare Ausfertigung ertheilt, so hat der Gerichtsschreiber davon unter Angabe der Partei, an welche sie erfolgt ist, und des Tages der Ertheilung im Urtheilsbuche auf der Urschrift Vormerkung zu machen und der Vormerkung seinen Namenszug beizufügen [12]). Hierin besteht die Controle über die Zahl der ertheilten vollstreckbaren Ausfertigungen [13]). In ähnlicher Weise erfolgt Vormerkung bei Ertheilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen. Vgl.

---

6) R. Ref. II, 129.
7) Abg. Ref. II, 112; Abg. Prot. II, 87. Vgl. §. 356.
8) Artikel 289 Pr. O.
9) Abg. Prot. IV, 82—83; R. Ref. II, 129.
10) Artikel 290 Absatz 1 Pr. O.
11) R. Prot. II, 95; IV, 83.
12) Artikel 290 Absatz 2 Pr. O.
13) Abg. Prot. II, 95.

Artikel 291 Absatz 2 und Artikel 292 Absatz 3 Pr. O. Hievon war bereits die Rede.

Schließlich mag die Bemerkung nicht überflüssig sein, daß die Vollstreckbarkeitsclausel eine rein formale und keineswegs die Bedeutung des deutschrechtlichen Decrets „fiat executio“ hat. Sie ist eine, aber nicht die einzige Bedingung des Vollzugs [14]).

## VI. Capitel.

## Läuteration des Urtheils [1]).

### §. 363.

Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, daß die einmal getroffene und den Parteien eröffnete Entscheidung durch den Richter, welcher sie erlassen hat, nicht mehr geändert werden darf.

Indessen bestehen von dieser Regel Ausnahmen.

Für Entscheidungen, welche nicht Urtheile sind [2]), finden sich solche namentlich in Artikel 296 [3]), dann im XXIV. und XXVIII. Hauptstück der Pr. O. von den Vorsichtsverfügungen, der Beschwerde [4]) und Gegenvorstellung statuirt.

Aber auch für Urtheile im eigentlichen Sinn bestehen zahlreiche Ausnahmen von jenem Grundsatze. So können, von Beweisinterlocuten abgesehen, gerichtliche Verfügungen, welche weder Endurtheile noch diesen hinsichtlich der Appellabilität gleichgestellt sind, von den Parteien im nämlichen Rechtszug, sowohl vor als nach stattgehabtem Vollzuge und selbst, wenn sie freiwillig vollzogen wurden, noch angefochten und von dem Ge-

14) Sieh' mein Handbuch „der Gerichtsvollzieherdienst“ S. 359.

1) Quellen zu Artikel 282 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 110—112; III, 41.
Abg. Prot. II, 72, 91—92, 131—132, 146, 451; IV, 81, 127.
R. Ref. I, 13—18, 48; II, 124—125.
R. Prot. II, 88—91; IV, 38.
Quellen zu Artikel 283 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 110—112.
Abg. Prot. II, 72, 92, 132, 146; III, 52—53. 111—113; IV, 81—82.
R. Ref. I, 13—18, 48; II, 125.
R. Prot. II, 88—90; IV, 38—39.
Quellen zu Artikel 284 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 110—112.
Abg. Prot. II, 72, 91—92, 132, 146.
R. Ref. I, 13—18, 48.
R. Prot. II, 88—90.
Vgl. hannöver. Prot. 1681—1693.

2) Vgl. §§. 67 und 233.

3) Um auszudrücken, daß nicht blos von Entscheidungen des Gerichts, sondern auch von Verfügungen einzelner Richterpersonen, des Gerichts- und Senatsvorstands rc. die Rede ist, sagt Artikel 296: „von dem Richter, welcher sie erlassen hat.“ Abg. Ref. III, 42.

4) Insbesondere Artikel 745 Absatz 1 Pr. O.

richte, das sie erließ, zurückgenommen oder abgeändert werden, solange nicht ein appellables Urtheil ergangen ist, zu dessen Unterlagen sie gehören [5]). Beweisurtheile können von dem Gericht, welches sie erlassen hat, mindestens nach vollzogener Beweisaufnahme zurückgenommen werden [6]). Selbst der Rechtskraft fähige Urtheile können unter Umständen von dem Gerichte, welches sie erlassen hat, zurückgenommen oder abgeändert werden. Dahin gehören die dem Einspruch unterworfenen Versäumungsurtheile, dann unter bestimmten Voraussetzungen Eidesurtheile, letztere in gewissen Fällen sogar nach beschrittener Rechtskraft [7]).

Uebrigens handelt es sich hier durchweg um eine vollständige oder theilweise, aber wirkliche Aenderung der getroffenen Entscheidung, indem an deren Stelle ein entgegengesetzter Ausspruch tritt.

Hievon wesentlich verschieden ist der Fall der sg. Läuteration des Urtheils. Man begreift darunter sowohl die dem erkennenden Gericht zustehende Berichtigung einer nur unrichtigen Ausdrucksweise für das, was ursprünglich und allein beabsichtigter Inhalt seiner wirklich ergangenen Entscheidung sein sollte, — als auch die nachträgliche Ergänzung der Entscheidung in solchen Puncten, welche ursprünglich hätten miterledigt werden sollen, aber aus Versehen unentschieden geblieben sind.

Das Recht der Läuteration steht im Allgemeinen dem Gerichte und bezw. dem Richter zu, gleichviel ob es sich um ein Urtheil oder eine sonstige Entscheidung und ersteren Falls, ob es sich um ein contradictorisches oder Versäumungsurtheil, um ein End- oder Zwischenurtheil handelt, — aber, wie sich von selbst versteht, nur in Beziehung auf das in das Urtheilsbuch eingetragene Product der richterlichen Thätigkeit. Für die etwa erforderliche Berichtigung der parteilichen Sachverhaltsdarstellung gibt das Gesetz andere Normen.

Von einer Läuteration kann erst gesprochen werden, wenn das Urtheil verkündet ist. Hiedurch allein wird der durch Abstimmung geschöpfte Beschluß zum Urtheil und erwächst zum Rechte der Parteien. Bis zur Verkündung ist der Beschluß ausschließliches Eigenthum des Gerichts. Wie jeder Votant seine Abstimmung, so kann der aburtheilende Senat seinen Beschluß in Tenor und Gründen ganz in derselben Weise ändern, wie er zu schöpfen war. Artikel 282 Absatz 2 Pr. O. voce „Nach der Verkündung ꝛc.“ [8]).

I. Urtheilsläuteration ist nur in folgenden zwei Fällen statthaft, nämlich:

1) wenn im Urtheile Schreibfehler, sichtliche Versehen in einzelnen Worten und Zahlen, sowie bloße Rechnungsfehler enthalten sind [9]);

2) wenn im Urtheile ein selbständiger Streitpunct, welcher den Inhalt eines parteilichen Antrags bildete und im Tenor ausdrücklich mitzuentscheiden war, aus Versehen übergangen, oder wenn über den Ersatz der Proceßkosten [10]) nicht erkannt worden ist, oder wenn

---

5) Artikel 296 Pr. O. Vgl. auch, was in den §§. 343, 344 vom provisorischen Eidesurtheil gesagt ist.

6) Artikel 332, 345 Pr. O. Vgl. §. 325.

7) Vgl. §§. 344, 346.

8) Abg. Prot. II, 91.

9) Artikel 282 Absatz 1 Pr. O.

10) Vgl. hannöv. Prot. 1682—1687.

das Urtheil einen wirklichen Widerspruch in seinen Verfügungen oder eine durchaus unverständliche Stelle enthält[11]).

Ein solcher Fall ist hienach keineswegs gegeben, wenn ein Punct, der nothwendig nur in den Entscheidungsgründen zu berühren war, übergangen ist z. B. die Verwerfung eines Einwandes, ohne welche nicht wie geschehen der Klagsanspruch zuerkannt werden konnte. Hier kann von einer Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des Artikel 788 Ziffer 4 mit Artikel 275 der Pr. O., nicht aber von einer Läuteration des Urtheils die Rede sein.

Als übergangen sind ferner Streitpuncte nicht schon dann zu betrachten, wenn ein bloses Zwischenurtheil über dieselben zur Zeit schweigt, geschehe dies auch im Widerspruche mit dem Gesetz[12]). Hier ist die Entscheidung vorbehalten. Dies gilt auch von der Entscheidung im Kostenpunct. Nur wenn sie in einem Endurtheil oder in dem Urtheil fehlt, wodurch ein eingewendetes Rechtsmittel verworfen wird, ist ein Fall der Läuteration gegeben[13]).

Von der durch thatsächliche Correcturen oder ergänzende Zusätze wirklich vorgenommenen Läuteration ist die blose Interpretation eines Urtheils zu unterscheiden. Diese fällt nicht unter die Artikel 282—284 der Pr. O. Auch nach Ablauf der Läuterationsfrist (Artikel 283) kann der Verurtheilte gegenüber der versuchten Vollstreckung eine Interpretation des Urtheils durch Widerspruch veranlassen (Widerspruchs-Interpretationsklage), wenn sein Gegner begehrt, was nicht im Sinne des Urtheils liegt. Freilich muß sich das Vollstreckungsgericht auf die Auslegung der vorhandenen Entscheidung beschränken. Positive Lücken derselben kann es nicht ersetzen[14]).

II. Ist ein Fall an sich statthafter Läuteration gegeben, gleichviel ob Irrthum, Auslassung, Widerspruch oder Unverständlichkeit des Ausdrucks, so ist zu unterscheiden.

Soll die Berichtigung oder Ergänzung nicht im Tenor, sondern im übrigen Theile des Urtheils stattfinden, so kann, wenn das Urtheil auch schon im Urtheilsbuche eingetragen, aber der Eintrag noch nicht vom Vorsitzenden und Gerichtsschreiber unterzeichnet ist[15]), — die Aenderung ohne Parteibegehren von Amtswegen und ohne nachträgliches Urtheil von kurzer Hand geschehen[16]).

Soll jedoch die Aenderung im Urtheilssatze selbst oder, zwar nicht im Tenor, aber nach stattgehabter Unterzeichnung des Urtheilseintrags vorgenommen werden, so kann sie

1) nicht von kurzer Hand, sondern muß durch förmliches Berichtigungsurtheil geschehen und dieses kann

2) nur auf Parteiantrag erlassen werden.

Der Antrag ist, wenn es sich nur um Schreib- oder Rechnungsfehler oder sichtliche Versehen in einzelnen Worten und Zahlen handelt, an eine Frist nicht gebunden.

---

11) Artikel 283 Pr. O.
12) Z. B. Artikel 266, 267 Pr. O.
13) Vgl. §. 158.
14) Abg. Prot. III, 113; IV, 81; R. Ref. II, 125; R. Prot. III, 38—39.
15) Artikel 280 Absatz 5 und 6 Pr. O.
16) Argum. Artikel 282 Absatz 1 und 2 und Artikel 283 Pr. O.

Handelt es sich aber um die nachträgliche Entscheidung über einen im früheren Urtheil übergangenen Streitpunct, über den Ersatz der Proceßkosten, über einen Widerspruch in den Verfügungen des Urtheils oder über eine durchaus unverständliche Stelle, so ist der bezügliche Antrag bei Meidung des Ausschlusses innerhalb dreißig Tagen von Zustellung des Urtheils gerechnet zu stellen [17]). Bei End- und diesen hinsichtlich der Berufung gleichgestellten Urtheilen läuft die Frist von der Zustellung an die Partei [18]), bei sonstigen Urtheilen von der Zustellung an den Anwalt. Ersterenfalls findet bei gegebenen Voraussetzungen Fristerweiterung nach Artikel 209 und Fristunterbrechung nach Artikel 211 der Pr. O. statt. Daß der Fristenlauf mit der Urtheilszustellung auch für diejenige Partei beginnt, welche die Zustellung bewirken läßt, folgt aus allgemeinen Vorschriften.

Uebrigens kann die Berufung mit dem Läuterationsgesuch eventuell und ebenso letzteres sofort mit der ersteren als Theil des Berufungspetitums unbedingt verbunden werden. Wurde die Läuterationsfrist versäumt, so bleibt, wenn auch die Berufung unterblieb oder unstatthaft ist, kein anderes Abhilfsmittel als das immerhin sehr beschränkte einer Interpretationsklage. Sieh' oben. Insbesondere kann der unterbliebene Ausspruch über den Kostenpunct und über Proceßschäden nicht mittels selbständiger Klage nachträglich erwirkt werden. Thatsächlich wird dadurch der Erfolg herbeigeführt, daß kein Theil vom andern für seine bezüglichen Auslagen ꝛc. Ersatz begehren kann. Ihrer Natur nach zu selbständiger Geltendmachung geeignete Entschädigungsansprüche können, auch wenn sie mit der entschiedenen Sache zusammenhängen, noch gesondert verfolgt werden.

Der Grund für diese Vorschriften liegt in der Erwägung, daß ein giltig publicirtes, im Urtheilsbuch eingetragenes und hier unterzeichnetes Urtheil ein rechtsförmlich vollendeter, zum Rechte der Parteien erwachsener und deshalb einseitiger Aenderung durch das Gericht entzogener Act auch dann ist, wenn er Irrthümer enthält. Allerdings tritt der Ausschluß der Officialrectification nur für den Tenor schon mit der Publication, für den übrigen Urtheilsinhalt erst mit Unterzeichnung der Urschrift ein. Der Grund ist, weil die Urtheilsverkündung unter blos mündlicher Entwicklung der Entscheidungsmotive und vorbehaltlich späterer Redaction der letzteren, sowie selbst in Abwesenheit einzelner von den Mitgliedern des aburtheilenden Senats stattfinden kann [19]).

In Consequenz dieser Anschauung kann ein förmliches Berichtigungsurtheil nicht einmal in dem Falle umgangen bezw. durch Verfügung des Vorsitzenden ersetzt werden, wenn es sich um die unbedeutendste [20]), vielleicht von beiden Parteien begehrte [21]) Verbesserung handelt. Es liegt

---

17) Artikel 282 Absatz 1 und 2, Artikel 283 Pr. O.

18) Artikel 192 Absatz 2 mit Artikel 210 Absatz 3 Pr. O.

19) Abg. Prot. II, 91—92.

20) Z. B. um die Aenderung eines verschriebenen Namens, Datums ꝛc.

21) Sei es mündlich gleich nach der Publication (Gesuch um Verbesserung des Urtheilsatzes), sei es späterhin schriftlich (Gesuch um Berichtigung des Tenors oder im übrigen Theile der bereits unterzeichneten Urtheilsurschrift).

hierin kein Mangel des Gesetzes. Denn das förmliche Berichtigungsverfahren nach Artikel 282 der Pr. O. ist an sich sehr kurz. Die Zulassung einer Berichtigung außerhalb dieser Procedur aber hätte die Normirung eines besonderen Verfahrens hiefür geboten und würde Schwierigkeiten, namentlich was die Vormerkung im Urtheilsbuche betrifft, im Gefolge gehabt haben [22]).

## §. 364 [1]).

Handelt es sich um den einfachen Fall der Urtheilsverbesserung von Amtswegen, so steht das jeweils einzuhaltende Verfahren im Ermessen des Gerichts. Das Gesetz gibt hierüber keine Vorschriften. In der Regel wird der zur Urtheilsunterzeichnung berufene Richter Schreibfehler ꝛc., die er bei der Durchlesung bemerkt, durch den Gerichtsschreiber verbessern lassen [2]).

Handelt es sich aber um die Erwirkung eines förmlichen Berichtigungsurtheils [3]), für diesen Fall hält das Gesetz neben höchst summarischer Regulirung des Verfahrens doch den Gedanken fest, daß der Gegenpartei Gelegenheit gegeben werde, ihre Einwendungen gegen das Läuterationsbegehren vorzubringen [4]).

I. Das Verfahren beginnt mit Vorlage eines den Berichtigungsantrag enthaltenden motivirten Antrags bei dem Senats-, falls ständige Senatseintheilung nicht besteht, beim Gerichtsvorstande [5]).

Dieser hat auf der Vorlage die zur unmittelbaren Verhandlung bestimmte Sitzung, gegebenen Falls unter Berücksichtigung des Art. 209 der Pr. O. [6]) zu fixiren.

Der mit dieser Verfügung versehene Antrag wird dem Gesuchsteller von der Gerichtsschreiberei zurückgegeben und ist nun dem gegnerischen Anwalt mit der Aufforderung zum Erscheinen in der bestimmten Sitzung zustellen zu lassen. Diese Art der Zustellung (Zustellung von Anwalt zu Anwalt, sei es durch Gerichtsvollzieheract oder nach Artikel 205 der Pr. O.) ist solange zu beobachten, als der bisherige Vertreter des Gegners noch als Advocat-Anwalt am Proceßgerichte überhaupt in Function ist. Hat aber die Gegenpartei zur Zeit einen Anwalt nicht oder nicht mehr, sei es weil deren bisheriger Anwalt gestorben, versetzt, entsetzt, überhaupt außer Function getreten ist [7]), oder weil das ergangene Urtheil für sie ein Versäumungsurtheil aus unterlassener Anwaltsbestellung war, — so ist der Antrag ihr selbst mit der Aufforderung zuzustellen, sofort einen Anwalt zu bestellen, der für sie in der festgesetzten Sitzung zu erscheinen hat [8]). Zustellung von

---

22) Vgl. Abg. Prot. II, 91—92, 132.
1) Vgl. hannöv. Prot. 1688—1699.
2) Abg. Prot. II, 92.
3) §. 363 Ziffer II, 1 und 2.
4) Abg. Prot. II, 91.
5) Artikel 123 Einf. Ges. z. Pr. O.
6) Bei Gefahr auf Verzug ist gleichwohl die Abkürzung der Ladungsfrist nicht ausgeschlossen.
7) Abg. Prot. II, 91, 132; Abg. Ref. III, 41; R. Ref. II, 124—125.
8) Artikel 282 Absatz 3 und 4 Pr. O.

Partei zu Partei. Ein solcher Fall ist selten, doch nicht ausgeschlossen, da ein Berichtigungsbegehren noch Jahrelang nach der Urtheilsverkündung denkbar ist, wenn dies auch die Regel nicht bildet.

Gleichviel ob die Zustellung von Anwalt zu Anwalt oder von Partei zu Partei zu machen ist, muß zwischen derselben und dem Sitzungstage eine (Vorladungs-) Frist von drei Tagen in Mitte liegen [9]). Letzternfalls erweitert sich die Frist bei gegebenen Voraussetzungen nach Maßgabe des Artikel 209 der Pr. O. [10]).

II. Die Gegenpartei braucht keinen motivirten Antrag zustellen zu lassen. Die Hinterlegung der Anträge findet nur bei der Verhandlung statt [11]).

Zur Verhandlung sind diejenigen Richter zuzuziehen, welche bei dem ersten Urtheile mitgewirkt haben, es müßte denn sein, daß dies nicht mehr thunlich wäre, weil in der Zwischenzeit einer dieser Richter beim Proceßgerichte außer Function getreten ist [12]).

Für das Urtheil gelten die allgemeinen Bestimmungen. Wird auf Verbesserung erkannt, so sind die Kosten des Berichtigungsverfahrens in derselben Weise zu tragen, wie jene der Hauptsache [13]), da den Antragsteller in dieser Beziehung keine Schuld trifft [14]). Enthält das berichtigte Urtheil selbst einen Ausspruch im Kostenpunct noch nicht, so bleibt solcher auch im Berichtigungsurtheil ausgesetzt.

Von den auf Läuterationsantrag erlassenen nachträglichen Urtheilen ist am Rande des ersten Urtheils Vormerkung zu machen. Allen Ausfertigungen, welche nach diesem Zeitpuncte erfolgen, muß am Schlusse zugleich eine solche des nachträglichen Urtheils beigefügt werden [15]).

Auch bezüglich der gegen solche Urtheile zuläßigen Rechtsmittel (Einspruch, Berufung ꝛc.) gelten die allgemeinen Vorschriften, gleichviel ob dem Berichtigungsantrage stattgegeben ist oder nicht, ob es sich um blose Schreib- und Rechnungsfehler oder sonstige Ergänzungen handelt. Die betreffenden Rechtsmittel sind unter den allgemeinen Voraussetzungen selbständig zulässig. Nichtigkeitsbeschwerde wäre, wenn das Gericht unter dem Prätexte bloser Correctur ꝛc. eine Aenderung der früheren Entscheidung vornimmt, schon deshalb statthaft, weil hierin eine unrichtige Anwendung des Gesetzes läge. Berufung muß zuläßig sein, weil eine Partei, welche die Appellationsfrist hinsichtlich des früheren Urtheils bei damaliger Ermangelung eines Beschwerdegrundes verstreichen ließ, in erheblichen Nachtheil gerade durch das Berichtigungsurtheil gekommen sein kann. So kann die Correctur eines Rechnungsfehlers, dessen Vorhandensein die eine Partei bestreitet, eine sehr bedeutende materielle Aenderung des Urtheils involviren [16]).

Allerdings läuft die Frist zur Berufung ꝛc. gegen das ursprüngliche Urtheil von dessen Zustellung abwärts. Da indessen Artikel 284 der Pr. O.

9) Artikel 282 Absatz 5 Pr. O.
10) Abg. Ref. III, 41; R. R. II, 124—125.
11) Artikel 282 Absatz 6 Pr. O.
12) Abg. Prot. II, 91.
13) Artikel 282 Absatz 7 Pr. O.
14) Abg. Prot. II, 91.
15) Artikel 284 Pr. O.
16) Vgl. R. Ref. I, 49; R. Prot. II, 88—90; Abg. Ref. III, 41; Abg. Prot. IV, 81.

das berichtigte und Berichtigungsurtheil als ein Gesammturtheil aufzufassen scheint, liegt die Annahme nahe, daß die Berufungsfrist rc. hiegegen von Zustellung des Berichtigungsurtheils neu zu laufen beginnt. Immerhin ist zu beachten, daß diese vom Gesetz ausdrücklich nicht unterstützte Ansicht auch bestritten werden kann.

## II. Hauptstück.

# Die übrigen Arten der Beendigung des Rechtsstreits.

## I. Capitel.

### Vom Vergleich [1]).

### §. 365.

I. Das Proceßgericht kann in jeder Lage der Sache einen Sühneversuch zwischen den Parteien, sowohl in der Sitzung [2]) als außerhalb derselben z. B. bei Gelegenheit einer Augenscheinseinnahme durch das Gericht an Ort und Stelle [3]) vornehmen, oder auch die Vornahme eines solchen durch ein Gerichtsmitglied oder Einzelngericht anordnen [4]).

---

1) Quellen zu Artikel 221 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 90.
Abg. Prot. I, 277, 296—297, 323.
R. Ref. LXXIV—LXXV.
R. Prot. I, 348.
Quellen zu Artikel 222 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 90—91, 201; II, 32.
Abg. Prot. I, 278, 297—298, 324; IV, 41, 67.
R. Ref. LXXIV—LXXV; II, 102.
R. Prot. I, 349; IV, 31.
Quellen zu Artikel 223 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 91, 201.
Abg. Prot. I, 278—279, 297, 298, 324; III, 430—431.
R. Ref. LXXV; II, 102—103.
R. Prot. I, 350—352; IV, 31.
Cod. jud. cap. 17 §. 1; Ger.-Verf.-Ges. v. 1. Juli 1856 Artikel 12; Ger.-V.-Ges. v. 10. Nov. 1861 Art. 13; Gem.-Ordn. f. d. Landesth. diess. d. Rh. Art. 100 u. 144; Ges. v. 15. August 1828, die Militärgerichtsbarkeit betr., §. 5; Univ. Satz. v. 1. Oct. 1849 Tit. III §. 38 lit. g; Handelsges.B. Art. 317. Vgl. hannöv. Prot. 1280—1284 (Sühneversuch in Processen unter Verwandten), 1285, 1347—1349. Seuffert Comment. a. a. O. IV, 235 und ff. Ueber Sühneversuch in Ehestreitigkeiten vgl. das Hauptstück XXVI der Pr. O.

2) Vgl. Abg. Ref. II, 90.

3) Abg. Prot. I, 296—297.

4) Artikel 221 Absatz 1 Pr. O.

Auch einem Richter, welcher nur mit Vornahme einzelner Proceßhandlungen beauftragt ist, gleichviel ob Mitglied des Proceßgerichts oder nicht [5]), steht kraft Gesetzes, mag selbst das Commissorium darauf nicht mitgerichtet sein, das Recht zu, Vergleichsverhandlungen vorzunehmen [6]).

Vor Anstellung einer Klage bei dem Bezirksgerichte [7]) kann auch der Kläger, wenn beide Theile selbständig und über den Gegenstand der Klage frei zu verfügen befugt sind, den zu Belangenden unter summarischer Bezeichnung des Klagegegenstandes vor das Einzelngericht vorfordern lassen, vor welchem dieser oder, falls mehrere Personen zusammen zu belangen sind, eine derselben nach Artikel 12—17 der Pr. O. den allgemeinen Gerichtsstand hat [8]). Die Wahl dieses Gerichts steht dem Kläger zu. Die Vorladung hat durch Gerichtsvollzieheract zu geschehen [9]). Will auf einen allgemeinen Sitzungstag geladen werden, so bestimmt der Kläger Tag und Stunde [10]) der Verhandlung, andernfalls muß vor der Ladung an den Einzelnrichter das Gesuch um Festsetzung einer Tagfahrt vom Kläger oder dem von ihm beauftragten Gerichtsvollzieher gestellt werden [11]). Materielle Wirkungen, wie die Unterbrechung der Verjährung u. s. w. knüpfen sich an diese Ladung nicht [12]).

Das Vermittlungsamt der Gemeinden, Militärbehörden und Universitätsrectorate richtet sich sowohl in Ansehung der Fälle, in welchen es anzugehen, als des dort einzuhaltenden Verfahrens nach den hierüber bestehenden besonderen Bestimmungen [13]).

Nach der Gemeindeordnung für die Landestheile diesseits des Rheins vom 29. April 1869 steht die Ausübung des Vermittlungsamtes bei Rechtsstreitigkeiten unter Gemeindeeinwohnern (nicht nothwendig Bayern) dem Bürgermeister zu. Derselbe ist jedoch befugt, hiemit ein anderes Magistratsmitglied oder einen höheren Gemeindebediensteten, in Landgemeinden ein Gemeindeausschußmitglied zu beauftragen. Den Betheiligten ist es unbenommen, Männer ihres Vertrauens zu benennen, welche zum Sühneversuch beizuziehen sind. Die Zulassung von Advocaten ist ausgeschlossen [14]). Für die Pfalz besteht ein gemeindliches Vermittlungsamt nicht.

Die Commandanten der Regimenter, selbständiger Bataillone und Corps verwalten hinsichtlich der diesen untergebenen, die Commandantschaften aber in Bezug auf andere Personen, welche zu solchen Regimentern, Bataillons und Corps nicht gehören, das Vermittlungsamt mit Zuziehung des Auditors in allen Personalklagsachen gegen Militärpersonen im activen Dienste, gleichviel welchen Ranges die letzteren sind [15]).

---

5) R. Prot. I, 277.
6) Artikel 221 Absatz 2 Pr. O.
7) Oder bei dem Handelsgerichte. Dies wurde wegen des großen Umfangs der Handelsgerichtssprengel statuirt. Abg. Prot. I, 297.
8) Artikel 222 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Artikel 13 des G. O. Ges. v. 10. Nov. 1861.
9) Vgl. das Formular in meinem Handbuch „der Gerichtsvollzieherdienst" §. 93.
10) Artikel 501 Pr. O.
11) Artikel 500 und 503 Pr. O.
12) Abg. Prot. I, 278.
13) Artikel 222 Absatz 1 Pr. O.
14) Artikel 100 Absatz 1 und Art. 144 Abs. 1.
15) Gesetz vom 15. August 1828, die Militärgerichtsbarkeit betr.

Bei Klagsachen gegen Studierende wird das Vermittlungsamt durch den jeweiligen Universitätsrector nach Maßgabe der bestehenden Universitätssatzungen [16]) geübt.

II. Handelt es sich um einen Sühneversuch, welcher durch das Proceßgericht oder in seinem Auftrag oder auch durch einen hiezu nicht besonders comittirten Richtercommissär von Amtswegen vorgenommen werden will: so findet Zwang zum persönlichen Erscheinen der Parteien nicht statt [17]). Zwar muß, wenn der Vergleichsversuch nicht gelegentlich einer ohnehin abzuhaltenden, sondern auf einer hiezu besonders anberaumten Tagfahrt gepflogen werden soll, jede hiezu geladene Partei der Ladung Folge leisten, aber nicht in Person. Es genügt, wenn sie ihren Vertreter schickt. Mit Ausschluß ihrer Vertreter können die Parteien folgerecht überhaupt nicht geladen werden [18]). Die Ladung geschieht in der Art, daß das Gericht ꝛc. den betreibenden Anwalt durch die Gerichtsschreiberei in Kenntniß setzen läßt. Dieser hat dann den Gegner zu laden. Das Gericht kann auch beide Anwälte durch die Gerichtsschreiberei in Kenntniß setzen lassen. Erscheint der eine Theil weder persönlich noch durch seinen Anwalt, so kann er zum Ersatz der Kosten der vereitelten Tagfahrt verurtheilt werden [19]).

Für den Kläger besteht keine Verbindlichkeit zur Anrufung des einzelnrichterlichen, gemeindlichen, militärischen oder universitätischen Vermittlungsamtes [20]). Die Vorschrift beruht darauf, daß die Pr. O. Klagsabweisungen a limine nicht kennt. Wäre die Angehung des Vermittlungsamtes für den Kläger obligatorisch, so könnte im Unterlassungsfall die bezügliche Proceßeinrede erst nach durchgeführtem Vorverfahren verbeschieden werden. Einer solchen in diesem Stadium des Processes noch stattgeben, hieße die Kosten ganz unnöthig vermehren [21]). Hat aber der Kläger gleichwohl das Vermittlungsamt freiwillig angerufen, so hat er auch die Pflicht, hier zu erscheinen. Ist der Beklagte erschienen, der Kläger aber ausgeblieben, so kann das Gericht, bei welchem die Sache später anhängig wird, den Kläger zum Ersatze der nutzlos verursachten Kosten und Schäden der vereitelten Sühnetagfahrt verfällen [22]). Ist der Kläger beim gemeindlichen Vermittlungsamt nicht erschienen, so hat er überdies, gleichviel ob der Beklagte erschien oder nicht, eine Geldbuße von dreißig Kreuzern zum Besten der Gemeindecasse verwirkt [23]). Dagegen unterliegt der zu Belangende im Falle seines Nichterscheinens beim Vermittlungsamt niemals einer Strafe [24]). In jedem Falle kommen die auf die Ladung zum Vermittlungsamt erwachsenen Kosten als Proceßkosten in Betracht, da der Kläger von einem ihm gesetzlich zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat.

---

16) Zur Zeit Satzungen vom 1. October 1849 Tit. 3 §. 38 lit. g.
17) Artikel 221 Absatz 3 Pr. O.
18) Abg. Prot. I, 277.
19) Abg. Prot. I, 296.
20) Artikel 222 Absatz 3 Pr. O.
21) Abg. Prot. I, 278.
22) Abg. Prot. I, 297.
23) Artikel 100 Absatz 2 und Artikel 144 Absatz 2 der diesrh. G. O.
24) Artikel 222 Absatz 3 Pr. O. Militärpersonen können allerdings durch disciplinäre Maßregeln zum Erscheinen angehalten werden. Seuffert a. a. O. II, 128 —129.

III. Ist ein Vergleich oder eine sonstige auf den Rechtsstreit bezügliche, die ganze oder theilweise Erledigung bezielende, Uebereinkunft unter den Parteien vor einem Vermittlungsamte irgend welcher Art, vor dem Proceßgerichte oder einem beauftragten Richter zu Stande gekommen, so soll darüber ein Protokoll aufgenommen werden [25]).

Für Parteiübereinkünfte im Sinne der Artikel 248, 267, 268 der Pr. O. genügt auch eine bezügliche in Urtheilsform gehaltene Beurkundung im Urtheilsbuch. Dagegen sind förmliche, von den Parteien zu unterzeichnende Vergleichsprotokolle nicht im Urtheilsbuche sondern separat zu beurkunden und aufzubewahren.

Allerdings gehört die Vergleichsprotokollirung als ein Geschäft der nichtstreitigen Rechtspflege um so weniger vor das Proceßgericht, als über den Inhalt der Beurkundung später Streit entstehen kann. Allein das Gesetz sieht von der Regel ab, um zu verhüten, daß bei nicht sofortiger Protokollirung die Uebereinkunft wieder rückgängig werde und die alten Streitigkeiten sich erneuern [26]).

Anlangend die Wirksamkeit von in solcher Weise [27]) geschlossenen Vergleichen, so ist zu unterscheiden.

1) Wurde die Uebereinkunft vor dem Proceßgericht, vor einem beauftragten Richter oder vor dem Vermittlungsamt der Einzelngerichte geschlossen, so hat sie alle Wirkungen [28]) eines gerichtlichen Vergleichs [29]) und unterliegt der Vollstreckung gleich einem rechtskräftigen Urtheil, vorausgesetzt daß die vorgeschriebene Form (bei Protokollen Artikel 166 und 167 der Pr. O.) eingehalten ist [30]), daß die Theile zum Handeln überhaupt und in Beziehung auf das Vergleichsobject rechtlich befähigt waren (dispositionsfähig bezw. mit der erforderlichen besonderen Ermächtigung versehen), daß der Gegenstand der Uebereinkunft ein zweifelhaftes, bestrittenes Recht bildet, mag nun ein Proceß bereits bestehen oder doch zu entstehen drohen, daß endlich für jeden Theil durch die Uebereinkunft etwas gegeben und behalten werde [31]). Für die Pfalz vergleiche Code civ. Artikel 2044 ff. und Artikel 91 des Einf. Ges. z. Pr. O. In Fällen, auf welche an sich Artikel 14 des diesrheinischen Notariatsgesetzes anzuwenden wäre, ist eine nachträgliche notarielle Beurkundung des Vergleichs zu seiner Giltigkeit und vollen Wirksamkeit nicht erforderlich, weil der vor Gericht geschlossene Vergleich gleich einem rechtskräftigen Urtheil vollziehbar ist [32]).

Jeder Betheiligte, der durch den Vergleich Rechte erwirbt und deshalb den Vollzug der Verhandlung zu beantragen befugt ist, kann insoweit dies der Fall eine vollstreckbare Ausfertigung nach Maß-

25) Artikel 223 Absatz 1 Pr. O.
26) R. Ref. LXXV und R. Prot. I, 351—352.
27) Für Vergleiche, welche nicht vor Vermittlungsämtern oder Gerichten, oder nur mündlich abgeschlossen wurden, gelten die jeden Orts einschlägigen civilrechtlichen Vorschriften.
28) Codex jud. cap. 17 §. 1 Nr. 12—14.
29) Artikel 12 Absatz 2 des Ger. Org. Ges. v. 1. Juli 1856.
30) Abg. Prot. I, 279; IV, 430, 431.
31) Artikel 12 Absatz 3 des Ger. Org. Ges. v. 1. Juli 1856. Cod. jud. cap. 17 §. 1 Nr. 5 und 8.
32) Abg. Prot. I, 297.

gabe des Artikel 288 u. ff. der Pr. O. verlangen [33]). Im Originale werden Vergleichsprotokolle nicht als vollstreckbar erklärt, weil sie möglicher Weise mehrere selbständige Rechtsgeschäfte enthalten [34]). Für die Pfalz enthält das Gesetz insoferne eine Neuerung, als dort die vor dem landgerichtlichen Vermittlungsamt abgeschlossenen Vergleiche nicht executorisch waren [35]).

Uebrigens haben auch die vor den Notaren protokollirten Vergleiche alle Wirkungen gerichtlicher Vergleiche [36]).

2) Die vor nichtgerichtlichen Vermittlungsämtern schriftlich errichteten Vergleiche sind ohne Einhaltung der im Codex jud. cap. 17 §. 1 Nr. 9 und 10 vorgeschriebenen Förmlichkeiten rechtsverbindlich [37]), vorausgesetzt daß sie den Erfordernissen genügen, welche das jeden Orts geltende Civilrecht für Verträge aufstellt [38]). Allein sie haben auch unter dieser Voraussetzung nur die Kraft außergerichtlicher Verträge, also nicht jene höheren Wirkungen, welche der codex jud. in cap. 17 §. 1 Nr. 12—14 den Vergleichen einräumt [39]), es sei denn, daß sie bereits ganz oder theilweise erfüllt worden wären [40]). Für die Pfalz vgl. Artikel 2044 ff. des Code civ., — für Handelsgeschäfte Artikel 317 des a. d. H. G. B.

In keinem Falle kömmt solchen Vergleichsurkunden die Kraft eines executorischen Titels zu. Entsteht hinterher Streit darüber, so ist dieser mittels förmlicher Klage auszutragen [41]), wobei die Vergleichsurkunde als Beweismittel in Betracht kömmt. Ist sie in Protokollsform unter Einhaltung der dafür vorgeschriebenen Erfordernisse errichtet, so hat dieselbe die Wirksamkeit einer öffentlichen Urkunde [42]). Andernfalls kann sie als Privaturkunde in Betracht kommen [43]).

In Fällen, in welchen das Gesetz Notariatsurkunden verlangt, werden diese auch durch das förmliche Protokoll eines nichtgerichtlichen Vermittlungsamtes nicht ersetzt [44]). Die notarielle Beurkundung muß bei Meidung der Nichtigkeit des Geschäfts noch hinzutreten. Ist aber Letzteres geschehen, so liegt damit zugleich ein executorischer Titel vor.

Die Verhandlungen und Ausfertigungen des gemeindlichen Vermittlungsamtes sind tax- und stempelfrei [45]).

---

33) Artikel 223 Absatz 2, Artikel 822 Pr. O.
34) R. Ref. II, 103.
35) Abg. Prot. I, 278.
36) Artikel 21 des diesrhein. Not. Ges.; Art. 1 des pfälz. Not. Ges. v. 25. Vent. XI.
37) Artikel 12 Absatz 1 des Ger. Org. Ges. v. 1. Juli 1856.
38) Artikel 12 Absatz 3 a. a. O.
39) Abg. Prot. I, 279, 298.
40) Artikel 12 Absatz 2 des Ger. Org. Ges. v. 1. Juli 1856. Vgl. Cod. jud. cap. 17 §. 1 Nr. 11.
41) Abg. Prot. I, 279.
42) Artikel 223 Absatz 3 Pr. O.
43) Artikel 353 Absatz 2 Pr. O.
44) Artikel 223 Absatz 3 Pr. O. i. f.
45) Artikel 100 Absatz 3 und Artikel 144 Absatz 3 der diesrhein. Gem. Ordn.

## II. Capitel.

# Abstand vom Processe [1]).

## §. 366.

Jede Partei, welcher die freie Verfügung über das streitige Recht zusteht, kann in jeder Lage der Sache die Beendigung des Rechtsstreits dadurch herbeiführen, daß sie auf den erhobenen Anspruch Verzicht leistet oder sich dem Anspruche der Gegenpartei unterwirft. Eine solche Verzichtleistung oder Unterwerfung hat gleiche Folgen wie das durch Urtheil ausgesprochene Unterliegen der betreffenden Partei in der Hauptsache und im Kostenpunct. Da übrigens für die freiwillige Verzichtleistung oder Unterwerfung (renunciatio causae) [2]) die jeden Orts geltenden civilrechtlichen Bestimmungen maßgebend sind, hat die Pr. O. eine bezügliche Vorschrift [3]) nicht aufgenommen.

Im Gegensatze hiezu steht der Abstand vom gegenwärtigen Proceß vorbehaltlich des angesprochenen Rechtes selbst d. h. mit dem Vorbehalte, dieses Recht zu anderer Zeit, in anderer Art 2c. weiter zu verfolgen. Renunciatio litis.

I. Der Kläger kann, so lange nicht der Schluß [4]) der ersten, die Hauptsache betreffenden oder mitbetreffenden Verhandlung erfolgt ist, unbedingt vom Processe abstehen.

Der Schluß der Verhandlung ist nicht eingetreten, wenn zwar die Sitzung beendigt, aber die Sache zur Fortsetzung dieser Verhandlung in eine andere Sitzung vertagt wurde [5]).

Die erste Verhandlung steht im Gegensatz zur Beweis- oder Eidesschlußverhandlung.

Eine die Hauptsache betreffende oder mitbetreffende Verhandlung ist nur diejenige, welche nicht auf blose Proceßeinreden [6]) oder rein processuale

---

1) Quellen zu Artikel 496 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 173; III, 55.
Abg. Prot. II, 286—288, 351, 372; IV, 102, 151.
R. Ref. I, 27, 98; II, 181.
R. Prot. II, 245—246; IV, 61.
Quellen zu Artikel 497 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 173; III, 55.
Abg. Prot. II, 286, 289, 351, 372, 453; IV, 103, 106, 151.
Abg. Ref. I, 27; II, 182.
R. Prot. II, 246; IV, 61,
Quellen zu Artikel 498 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 173; III, 56.
Abg. Prot. II, 286, 289, 351, 373; IV, 103, 151.
R. Ref. I, 27, 98—99.
R. Prot. II, 246—248.
Vgl. hannöver. Prot. 1265—1279.

2) Vgl. hannöv. Prot. 1265—1279, 1374.

3) Wie sie der Reg. Entwurf in Artikel 458 und 463 Absatz 1 enthielt.

4) Vgl. Artikel 158, 160 Pr. O.

5) Vgl. §. 317 und Abg. Prot. II, 288.

6) Vgl. §§. 288, 289.

Zwischenpuncte beschränkt ist. Separatverhandlungen über Präjudicialpuncte im Sinne des Artikel 190 der Pr. O. betreffen die Hauptsache.

Wird der Abstand erst nach Schluß der ersten die Hauptsache betreffenden Verhandlung erklärt, so ist der Beklagte befugt, auf der gerichtlichen Entscheidung der Sache zu bestehen [7]). Selbstverständlich hat der Beklagte kein Interesse, seine Zustimmung zum Proceßabstand in dem Fall zu versagen, wenn der Kläger sich nach Schluß der, Proceßeinreden und den fond der Sache umfassenden, Verhandlung überzeugt hat, daß seine Klage wie gestellt oder zur Zeit nicht zu halten ist und deshalb einem abweisenden Urtheil und den bezüglichen Kosten durch Abstand vorbeugen will.

Was vom Kläger, das gilt ebenmäßig vom Widerkläger. Die vorerwähnten Grundsätze haben aber auch entsprechende Anwendung zu finden, wenn die eine oder andere Partei von der dermaligen Aburtheilung eines Vorbringens abstehen will, das nur einen Theil des Streitgegenstandes bildet und sich zur selbständigen Verfolgung eignet. (Compensationseinreden) [8]).

Von einem Abstand von Rechtsmitteln im Sinne eines Klagabstandes kann keine Rede sein. Wer von einem eingelegten Rechtsmittel absteht, hat darauf definitiv verzichtet und sich dem angefochtenen Urtheil unterworfen [9]).

II. Ueber die Abstandserklärung ist, wenn sie außerhalb der Gerichtssitzung erfolgen soll, der Gegenpartei [10]) ein Anwaltsact zuzustellen [11]). Dieser muß im Falle gänzlichen Proceßabstandes von der Partei selbst auf der Ur= und Abschrift [12]) mitunterzeichnet sein, oder es muß zugleich die betreffende Specialvollmacht [13]) mitzugestellt werden, falls eine solche nicht schon früher zugestellt oder bei Gericht hinterlegt ist [14]).

Die Erklärung des Abstands kann auch mündlich in einer Gerichtssitzung, in welcher beide Parteien (durch Anwälte) [15]) erschienen sind, gemacht werden, wenn die Partei, für welche der Abstand erklärt werden will, persönlich gegenwärtig oder deren Anwalt mit der nöthigen Specialvollmacht (Artikel 92 Ziff. 4 Pr. O.) versehen ist [16]). Ueber die Erklärung ist Urkunde zu ertheilen.

In Fällen, in welchen die Annahme oder Nichtannahme des Proceßabstandes von der Gegenpartei abhängt, ist diese gehalten, sich von der Zustellung oder mündlichen Erklärung des Abstandes gerechnet binnen acht Tagen bei Vermeidung der Annahme der Zustimmung über den Abstand

---

7) Artikel 496 Pr. O.
8) Abg. Prot. II, 289. Argum. Artikel 460 Reg. Entw.
9) Vgl. hannöv. Prot. 1265—1272.
10) D. h. der Gegenanwalt (Zustellung von Anwalt zu Anwalt durch Gerichtsvollzieheract oder nach Artikel 205 der Pr. O.) und, wenn die Gegenpartei einen solchen nicht hat, ihr selbst. Vgl. Artikel 495 Pr. O.
11) Vgl. hannöv. Prot. 1276.
12) Artikel 92 Absatz 3 Pr. O. Abg. Prot. II, 289.
13) Artikel 92 Ziffer 4 Pr. O.
14) Artikel 497 Absatz 1 Pr. O. Ueber die Frage, inwieweit unselbständige Parteien oder gesetzliche Vertreter zur Abstandserklärung specieller Ermächtigung bedürfen, vgl. Artikel 58 Pr. O. und §. 120.
15) Auch nach Artikel 316 der Pr. O.
16) Artikel 497 Absatz 1 und 2 Pr. O.

zu erklären[17]). Unter gegebenen Voraussetzungen ist die bezeichnete Frist nach Artikel 209 der Pr. O. erweitert[18]). Die Erklärung kann mündlich in der Sitzung erfolgen, in welchem Fall darüber Urkunde zu ertheilen ist. Außerdem hat sie mittels Anwaltsacts zu geschehen, welcher dem Gegenanwalt zuzustellen ist[19]). Streitigkeiten über die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Abstandserklärung ꝛc. sind im Wege eines Zwischenverfahrens zu erledigen.

III. Der Abstand versetzt die Sache in die Lage vor Erhebung der Klage zurück und es fallen mit dem Abstand alle processualen und materiellen Wirkungen hinweg, welche sich nach Artikel 179 der Pr. O. an die Klage als solche d. i. den Act der Klagezustellung knüpften[20]). Insbesondere gehört hiezu die Unterbrechung der Klagsverjährung; alle civilrechtlichen Vorschriften entgegengesetzten Inhalts sind durch die Pr. O. aufgehoben[21]). Eine einmal erhobene Widerklage kann durch den Abstand von der Klage nicht beseitigt werden.

Der Abstand verpflichtet außerdem den Kläger zum Ersatze sämmtlicher Kosten, soweit nicht darüber rechtskräftig erkannt ist. Erst nach geleistetem Kostenersatze darf neue Klage erhoben werden[22]). Wird dieser Ersatz dadurch gehindert, daß die zu dessen Empfang berechtigte Partei die Festsetzung der Kosten verzögert oder deren Angabe verweigert, so hat das Gericht hiezu auf einfache Vorstellung des Betheiligten eine angemessene Frist zu bestimmen, nach deren Ablauf die Erhebung der neuen Klage gestattet wird[23]). Die Kostenfestsetzung hat nach Artikel 113 der Pr. O. zu geschehen und ist in analoger Anwendung des Absatz 6 jenes Artikels dem Berechtigten vollstreckbare Ausfertigung des betreffenden Beschlusses zu ertheilen.

Die Wirkungen des Abstandes eines einzelnen Streitgenossen bemessen sich nach Civilrecht. Ueber die Folgen des Abstandes der Hauptpartei für den Nebenintervenienten vgl. §. 131.

## III. Capitel.

## Untergang des Proceßobjects. Confusion der Parteien. Proceßverjährung. Unterbrechung und Wiederaufnahme des Verfahrens[1]).

### §. 367.

Die Beendigung eines anhängigen Rechtsstreits kann abgesehen vom Urtheil, Vergleich und Abstand noch aus anderen Gründen herbeigeführt werden.

17) Artikel 497 Absatz 3 Pr. O.
18) Abg. Prot. II, 289.
19) Abg. Prot. II, 289 und 351.
20) Vgl. §. 280.
21) R. Prot. II, 247, 248; Abg. Prot. IV, 103.
22) Artikel 498 Pr. O. Ist der Kostenersatz zwar nicht vor Erhebung, aber doch bei Verhandlung der neuen Klage bereits erfolgt, so kann diese nicht mehr abgewiesen werden.
23) Artikel 116 Pr. O. Vgl. §, 159 Ziffer I, 2 Litt. c; Abg. Prot. II, 286, 289.
1) Quellen zu Artikel 490 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 170.

Hieher gehören namentlich der Untergang des Proceßobjects und die Confusion der Parteien. Die Pr. O. enthält hierüber keine Vorschriften. Demgemäß finden die einschlägigen Bestimmungen des Civilrechts Anwendung.

Der anhängige Rechtsstreit kann ferner beendigt werden durch Verjährung, Aufhebung der obligatio condemnari oportere durch Unthätigkeit und Zeitablauf. Auch hierüber enthält die Pr. O. keine Vorschriften. Im Regierungsentwurf waren Bestimmungen über die Erlöschung des Rechtszugs vorgeschlagen [2]). Sie wurden aber abgestrichen [3]). Sonach bleiben lediglich die betreffenden Vorschriften des Civilrechts über Proceßverjährung maßgebend. Vergl. Codex jud. cap. 3 §. 9 Nr. 5; Seuffert a. a. O. II, 145; hannöver. Prot. 1249—1265, insbesondere 1257 und 1344—1347; §. 280 Ziffer II, 2 dieser Darstellung, insbesondere Anmerkung 20 ibid.

Der Zustand des ruhenden Verfahrens, welcher bei langer Dauer in den diesrheinischen Landestheilen zur Proceßverjährung zu führen geeignet ist, kann veranlaßt werden durch freiwillige Nichtfortsetzung des Verfahrens von Seite beider Parteien. Der Beginn solchen Zustandes wenigstens kann aber auch durch Umstände herbeigeführt werden, welche vom beiderseitigen Parteiwillen unabhängig sind. Unterbrechung des Verfahrens im eigentlichen Sinne. Hievon das Nähere in §. 368.

---

Abg. Prot. II, 281—282, 351, 371.
R. Ref. I, 27.
R. Prot. II, 241.
Quellen zu Artikel 491 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 170—171; III, 55.
Abg. Prot. II, 282—284, 351, 372; IV, 102, 105, 150.
R. Ref. I, 27, 96—97; II, 178—179.
R. Prot. II, 242—244; IV, 61.
Quellen zu Artikel 492 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 171.
Abg. Prot. II, 284, 351, 372; IV, 106, 115, 151.
R. Ref. I, 27; II, 179—180.
R. Prot. II, 244; IV, 61.
Quellen zu Artikel 493 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 171—172.
Abg. Prot. II, 284, 351, 372.
R. Ref. I, 27.
R. Prot. II, 244.
Quellen zu Artikel 494 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 172.
Abg. Prot. II, 284—285, 351, 372; IV, 106, 151.
R. Ref. I, 37; II, 180—181.
R. Prot. II, 244; IV, 61.
Quellen zu Artikel 495 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 172; III, 55.
Abg. Prot. II, 285, 351, 372; IV, 102, 151.
R. Ref. I, 27, 97; II, 181.
R. Prot. II, 244—245; IV, 61.
Vgl. hannöv. Prot. 1210—1279 und 1342—1347, insbesondere 1210—1248 und 1342—1344.

2) Artikel 464—468.

3) Vgl. Abg. Ref. II, 173—175; Abg. Prot. II, 289—290.

Nach beiderseitigem Uebereinkommen der Parteien können die Proceßverhandlungen in jeder Lage der Sache auf bestimmte oder unbestimmte Zeit ausgesetzt werden. Ersterenfalls kann dem vor Ablauf der festgesetzten Zeit versuchten Weiterbetrieb des Verfahrens mit der Proceßeinrede des verfrühten Sachbetriebs begegnet werden. Letzterenfalls bleibt die Sache auf sich beruhen, bis eine der Parteien sie weiter betreibt [4]). Diese Lage kann auch ohne ausdrückliche Uebereinkunft dadurch herbeigeführt werden, daß kein Theil den Proceß, insoferne dessen Fortsetzung auf Parteibetrieb beruht, weiter betreibt.

Beruht der Fortgang des Verfahrens nicht auf Parteibetrieb, steht mit anderen Worten Tagfahrt zur Hinterlegung oder Verhandlung ꝛc. an: so hat die beiderseitige Unthätigkeit der Parteien (Nichterscheinen, Nichthandeln) zunächst die Folge, daß die Sache von der Rolle gestrichen wird. Von da abwärts beruht das Verfahren bis zur Wiederanmeldung.

Beruht der Fortgang des Processes lediglich auf der Urtheilsfällung, so kann diese durch Parteiübereinkommen weder hintangehalten noch auf's Ungewisse hinausgeschoben werden. Eine kurze Vertagung der Urtheilsverkündung auf Ansuchen der Parteien steht im Ermessen des Gerichts.

In jedem Falle bleiben die Rechte vorbehalten, welche einer Partei durch Fristversäumnisse ꝛc. der andern bereits erwachsen sind. Auch kann der Ablauf von Nothfristen und sonstiger vom Gesetze für unerstreckbar erklärter Fristen durch bezügliches Parteiübereinkommen nicht verhindert werden [5]).

## §. 368.

I. Wie bereits früher bemerkt [1]) kann ein Proceß nicht fortgeführt werden, wenn in seinem Verlauf die Personen hinwegfallen, die zu dessen rechtswirksamer Einleitung vorhanden sein mußten. Diesem Falle steht die Behinderung der bezeichneten Personen im Handeln gleich. Es tritt der Zustand einer unfreiwilligen Unterbrechung des Verfahrens ein.

Von der Unterbrechung des gesammten Proceßverfahrens ist die Unterbrechung des Laufes einzelner Fristen zu unterscheiden. Hievon war bereits die Rede [2]).

Der Zustand totaler Unterbrechung wird kraft Gesetzes nicht blos durch den Hinwegfall von Parteipersonen, sondern auch durch die Behinderung des Gerichts oder gerichtlicher Personen herbeigeführt. Ersterenfalls tritt er im Allgemeinen mit dem Momente ein, in welchem der einen Partei eine andere nicht mehr oder nicht mehr legal vertreten gegenüber steht. Steht eine Mehrzahl von Personen auf derselben Partei, so wird gleichwohl der ganze, weil zu einem Verfahren verbundene, Proceß durch den Eintritt des Unterbrechungsgrundes auch nur bei einer dieser Personen unterbrochen [3]). Diesen Fällen (Verlust der legit. pers. standi etc.) steht

4) Artikel 451 des Reg. Entw., welcher nur als selbstverständlich gestrichen wurde.
5) Abg. Prot. II, 281—282.
1) §§. 7 ff., 116, 127.
2) §. 273 Ziffer III.
3) Nach einem früheren Beschlusse des Abg. Ausschusses sollte durch den Eintritt einer der in Artikel 491 Ziffer 1—3 bezeichneten Veränderungen in der Person eines Streitgenossen oder seines gesetzlichen Vertreters das Verfahren mindestens

der andere Fall gegenüber, in welchem eine Partei die Activ- oder Passivsachlegitimation verliert, ein Umstand, der ihr Unterliegen in der Hauptsache, nicht aber die Unfähigkeit zur Proceßführung an sich zur Folge haben kann. Im Einzelnen ist das Nachstehende zu bemerken.

1) Das Verfahren und der Lauf der Fristen wird kraft Gesetzes unterbrochen, wenn jenes wegen Ablehnung eines Gerichtsmitglieds nicht fortgesetzt werden kann [4]) oder ein Zwischenurtheil durch Berufung [5]) oder Nichtigkeitsbeschwerde [6]) oder Wideraufnahmsklage [7]) mit aufschiebender Wirkung angegriffen ist. Beschränkt sich die Berufung auf einen Theil des Streits, so wird in Ermanglung entgegengesetzter Uebereinkunft oder Verfügung die Verhandlung der nichtangefochtenen Puncte fortgesetzt [8]).

Verschieden hievon sind die Fälle, in welchen das Verfahren durch richterliches Urtheil einstweilen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingestellt wird. Solche Suspension erfolgt in der Regel im Hauptproceß, wenn dessen Verhandlung und Entscheidung von der Erledigung eines Zwischenpunctes bedingt ist [9]).

2) Verfahren und Fristenlauf wird kraft Gesetzes unterbrochen durch den Tod oder die Suspension des Anwalts und durch das Aufhören seiner Function als Advocat am Proceßgericht [10]) m. a. W. dann, wenn seine legitimatio ad praxin aufhört. Der Fall der Vertretung eines auf längere Zeit an der Functionsausübung behinderten Anwalts durch einen Substituten für alle seine Geschäfte gehört selbstverständlich nicht hieher.

Eine Kundmachung über den Eintritt dieses Unterbrechungsgrundes an den Gegenanwalt ist nicht erforderlich. Das Gesetz nimmt an, daß demselben ein dergl. Factum ohnehin nicht unbekannt sein könne [11]).

3) Das Verfahren und der Fristenlauf wird kraft Gesetzes unterbrochen durch den Verlust der Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu

---

bei untheilbaren Streitgegenständen, über welche nach den bürgerlichen Gesetzen jeder einzelne Betheiligte einseitig verfügen kann, nicht unterbrochen werden. Der R. R. Ausschuß fügte noch einen Zusatz bei, wonach der hinweggefallene Streitgenosse durch die übrigen Litisconsorten im Sinne des Artikel 317 der Pr. O. als vertreten zu erachten sei. Zur Motivirung wurde hervorgehoben, es hänge die Frage, ob die Unterbrechung nur für den einzelnen Streitgenossen oder für das ganze Consortium einzutreten habe, davon ab, ob nach dem einschlägigen Civilrecht im betreffenden Fall die Litisconsorten im Verhältnisse zur Gegenpartei als einzelne oder als durch Rechtsgemeinschaft verbundene Einheit erscheinen und welche Wirkung die einseitige Fortsetzung des Processes durch einen Streitgenossen bei untheilbaren Streitgegenständen habe. Schließlich einigte man sich aber über den Abstrich der ganzen Vorschrift. Vgl. Abg. Ref. II, 171; III, 55; Abg. Prot. II, 284, 331; IV, 102; R. Prot. II, 242—244.

4) Vgl. Artikel 51 Pr. O.

5) Jede gegen ein Zwischenurtheil statthafte und in giltiger Weise eingelegte Berufung hat Suspensiveffect. Artikel 699 Pr. O. Freilich ist hier vorzugsweise von Eidesinterlocuten die Rede.

6) Artikel 799 Absatz 1 Pr. O.

7) Artikel 777 Absatz 1 Pr. O.

8) Artikel 490 Pr. O.

9) Vgl. z. B. Artikel 9 ff., Artikel 36, 67, 97, 190, 191, 384, 388, 484, 486, 752, 783 Pr. O.

10) Artikel 491 Ziffer 4 Pr. O.

11) Abg. Prot. II, 283.

handeln z. B. in Folge Interdiction, Curatelbestellung, Heirath, oder durch den Verlust ihrer Befugniß zur Proceßführung über den Streitgegenstand insbesondere z. B. Vergantung, Aufhör der väterlichen Gewalt bei gewissen Peculienstreitigkeiten, Ehetrennung bei Dotalstreitigkeiten [12]), — desgleichen durch den Tod ihres gesetzlichen Vertreters oder das Aufhören der seine Vertretungsbefugniß bedingenden Eigenschaft [13]). Uebrigens ist diese Regel nach doppelter Richtung beschränkt:

a) Die Unterbrechung tritt gar nicht ein, wenn das Aufhören der Eigenschaft des gesetzlichen Vertreters als solchen Folge der eingetretenen Handlungsfähigkeit der Partei z. B. der vom Mündel erreichten Großjährigkeit ist.

Auf andere Fälle ist diese Ausnahme nicht ausgedehnt, namentlich nicht auf den Fall, in welchem die Eigenschaft des gesetzlichen Vertreters deshalb erlischt, weil der Repräsentirte gestorben ist. Hier tritt die Unterbrechung ein. Es wäre auch unrichtig, anzunehmen, daß im letzterwähnten Falle wenigstens dann keine Unterbrechung eintrete, wenn vom bisherigen gesetzlichen Vertreter ein Anwalt bestellt war. Eine analoge Anwendung der Ziffer 1 des Artikel 491 der Pr. O. hieher ist unstatthaft, da dort nur von selbsthandlungsfähigen Parteien die Rede ist. Dies beweist der Gegensatz dieser zu den Vorschriften in Ziffer 2 und 3 des bezeichneten Artikels. Es beweist dies aber auch der Umstand, daß in den Fällen der Ziffer 2 und 3 des Artikel 491 das Vorhandensein eines Anwalts den Eintritt der Unterbrechung wenn auch aufschiebt doch nicht aufhebt. Ueber den Grund hiefür später.

b) Hat in den Fällen der Ziffer 2 und 3 des Artikel 491 die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter einen Proceßbevollmächtigten (Anwalt) nicht, so tritt die Unterbrechung sofort ein.

Der Eintritt der Unterbrechung wird aber auch nicht gehindert, wenn ein Anwalt aufgestellt ist. Hiedurch unterscheidet sich dieser Fall von jenem, in welchem eine handlungs- und dispositionsfähige Partei stirbt. Hat diese einen Anwalt, so wirkt dessen Vollmacht für die Erben des Vollmachtgebers fort. Dagegen erlischt das Mandat des Anwalts, wenn dessen Quelle, die Handlungs- oder Dispositionsbefugniß der Partei oder die Eigenschaft des gesetzlichen Vertreters als solchen aufhört.

Um indessen den ordnungsmäßigen Fortgang des Verfahrens möglichst zu begünstigen, bestimmt das Gesetz, daß die Unterbrechung in solchem Falle erst mit der Anzeige eintreten soll, welche der Proceßbevollmächtigte von der stattgehabten Veränderung an die Gegenpartei zu machen hat. Bis dahin bleibt der letztere zur Ausführung seiner Vollmacht, vorbehaltlich civilrechtlicher Haftung gegenüber seiner Mandatschaft bei Verspätung der Anzeige [14]), befugt [15]). Doch bezieht sich diese Befugniß selbst-

12) Vgl. Abg. Prot. II, 284.
13) Artikel 491 Ziffer 2, 3 Pr. O.
14) Abg. Prot. II, 284. Vgl. hannöver. Prot. 1217.
15) Artikel 491 Absatz 2 Pr. O.

verständlich nicht auf den Fall, in welchem der Partei selbst oder ihrem gesetzlichen Vertreter eine Frist zu persönlichem Erscheinen oder Handeln läuft. Hier tritt die Unterbrechung dieser Frist sofort mit dem Eintritte der bezüglichen Veränderung ein[16]). Das Weitere hierüber ist im §. 273 Ziffer III bemerkt. Auch kann der Anwalt in Fällen, in welchen er specielle Ermächtigung nöthig hat, bezügliche Handlungen nicht vornehmen. Vgl. die folgende Ziffer 4.

Schließlich erübrigt die Bemerkung, daß wo die gesetzliche Vertretung einer Partei zum Ressort eines ständigen öffentlichen Amtes gehört z. B. einer Kreisregierung, eines Hofamtes, eines Magistrats u. s. w., der Wechsel in den Trägern des Amtes ohne allen Einfluß auf den Proceß ist. Denn der gesetzliche Vertreter ist das Amt, dieses aber stirbt nicht.

4) Das Verfahren und der Fristenlauf wird endlich kraft des Gesetzes unterbrochen durch den Tod der handlungs- und dispositionsfähigen Partei, soferne diese nicht durch einen Anwalt vertreten ist[17]). Eine Partei, gegen welche Verbindungsurtheil ergieng, gilt als durch den Anwalt ihres Genossen mitvertreten.

Nach allgemeinen Bestimmungen[18]) nämlich bleibt die auch der ausdrücklichen clausula heredum ermangelnde Vollmacht für die Erben und Rechtsnachfolger des Vollmachtgebers, was anhängige Processe betrifft, in Wirksamkeit[19]). Das Urtheil geht in solchem Falle noch auf den Namen des Verstorbenen. Wider die Erben kann es nur nach Maßgabe des Artikel 833 der Pr. O. zur Vollstreckung gebracht werden.

Indessen ist zu beachten, daß der Anwalt doch nur innerhalb des Umfangs seiner Proceßvollmacht zu handeln befugt ist. Daher

a) Wird wenigstens jene Frist unterbrochen, welche etwa beim Eintritte des Todes der durch einen Anwalt vertretenen Partei für diese zu persönlichem Erscheinen oder Handeln im Lauf war[20]). Es gilt für diesen Fall das bereits früher Bemerkte[21]).

b) Handelt es sich um Acte, für welche besondere Ermächtigung nothwendig ist, so können solche nur dann vom Anwalte vorgenommen werden, wenn er vom Erblasser hiezu im Voraus mit Specialvollmacht versehen wurde. Außerdem muß er den förmlichen Eintritt der Erben in den Proceß bewirken. Ist dies geschehen, so kann er auf Grund der ihm dann von den Erben zu ertheilenden Specialermächtigung weiter handeln.

c) In Fällen, in welchen das Urtheil der Partei selbst zuzustellen ist (Artikel 192 Absatz 2 und Artikel 210 Absatz 3 Pr. O.), muß diese Zustellung an jeden der betreffenden Erben geschehen. Eine

---

16) Artikel 491 init. Pr. O.
17) Artikel 491 Ziffer 1 Pr. O.
18) Artikel 93 Pr. O.
19) Selbstverständlich kann der Anwalt unter solchen Umständen zu weiterem Benehmen mit den Erben entsprechende Vertagung begehren. Abg. Prot. II, 282.
20) Artikel 491 init. Pr. O.
21) §. 273 Ziffer III.

Collectivzustellung im Sinne des Artikel 211 der Pr. O. reicht nicht aus.

Uebrigens können in den Fällen, in welchen das Verfahren durch den Tod der Partei nicht unterbrochen wird, die Erben freiwillig in den Proceß eintreten und ebenso durch Beiladung von Seite der Gegenpartei in den Streit gezogen werden.

Durch den Uebergang des streitigen Rechts oder (in Streitigkeiten über dingliche Rechte) der angeblich belasteten Sache an einen Dritten mittels besonderen Rechtstitels [22]) z. B. Verkauf, Cession, sonstige Veräußerung, Tradition ꝛc. wird der Lauf des Processes nicht unterbrochen noch dessen Fortführung gehemmt.

Dagegen gibt ein solcher Uebergang dem dritten Erwerber das Recht, am Proceß theilzunehmen, nach deutschem Recht mittels accessorischer Intervention, nach der bayrischen Pr. O. mittels völliger Proceßübernahme. Tritt der nunmehr Betheiligte in den Streit ein, was durch Zustellung eines die Proceßübernahme und die Anwaltsconstituirung enthaltenden Anwaltsacts an den Gegenanwalt zu geschehen hat, so muß er ihn in derselben Lage übernehmen und fortsetzen, worin sich der Proceß dermalen befindet. Für die von nun an erwachsenden Kosten haftet der Neueingetretene zunächst und, soweit sie von ihm nicht zu erholen sind, die ursprüngliche Partei (der Rechtsvorfahrer) dem Gegner. Für die bisherigen Kosten haftet der in den Streit eingetretene Rechtsnachfolger neben d. h. solidarisch mit der ursprünglichen Partei, vorbehaltlich seines Rückgriffs an diese.

Der Austritt des bisherigen Betheiligten setzt die Einwilligung der Gegenpartei und im Widerspruchsfall eine, im Wege des Zwischenstreits zu erwirkende, richterliche Entscheidung voraus, welche den Austritt nur dann gestatten darf, wenn der Gegner am Verbleiben der ursprünglichen Partei im Processe kein ersichtliches Interesse mehr hat. Hierüber entscheidet freirichterliches Ermessen. Hat es z. B. noch auf einen Eid und die bezügliche Wissenschaft der ursprünglichen Partei über Thatsachen oder persönliche Aufklärungen derselben anzukommen, so kann der Austritt verweigert werden. Dagegen ist ihre Solvenz im Kostenpunct ꝛc. kein Grund zur Verweigerung, da dieser durch das Gesetz geregelt ist und die Haftung für die Kosten Platz greift, gleichviel ob die ursprüngliche Partei aus dem Processe ausscheidet oder nicht [23]).

Nimmt die ursprüngliche Partei am Rechtsstreite forthin Theil, so hat sie die Rolle eines Nebenintervenienten [24]). Sie kann wie dieser auch unmittelbar in Kosten verfällt werden.

II. Die Wirkungen der Unterbrechung des Verfahrens äußern sich nach doppelter Richtung.

1) Alle nach dem Eintritt der Unterbrechung (Artikel 490 und 491 Pr. O.) vorgenommenen Proceßhandlungen sind der Gegenpartei gegenüber wirkungslos, solange das Verfahren nicht ordnungsmäßig wieder aufgenommen worden ist [25]). Die Partei, welche den betreffenden Act selbst vorgenommen hat, kann diese ihre eigene

22) D. h. der Rechtsübergang außer dem Falle des Artikel 491 Ziffer 1 der Pr. O.
23) Artikel 493 Pr. O.
24) Vgl. §. 129 i. f.
25) Artikel 492 Absatz 1 Pr. O.

Handlung nicht anfechten [26]). Ebenso steht es der Gegenpartei frei, von ihrem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch zu machen.

Proceßhandlungen, welche nach eingetretener Unterbrechung von dem Gerichte oder beauftragten Richter vorgenommen wurden, ehe diese von dem betreffenden Ereignisse Kenntniß erhielten, sind giltig, sofern nicht längstens bei der nächsten Verhandlung die Wiederholung der Handlung von einer der Parteien ausdrücklich verlangt wird [27]).

Auch verhindert die eingetretene Unterbrechung, sofern nicht ein Fall des Artikel 490 der Pr. O. vorliegt, den Antrag des Staatsanwalts und die Erlassung des Urtheils nicht, wenn die Parteivorträge bereits geschlossen sind und die Verhandlung nicht nach Artikel 274 und 328 der Pr. O. wieder aufgenommen werden muß [28]). Weitere Handlungen nach erlassenem Urtheil z. B. zum Betrieb der Beweisaufnahme können nicht vorgenommen werden.

2) Laufen in den Fällen des Artikel 491 Fristen, so beginnt mit der Wiederaufnahme des Verfahrens eine neue volle Frist [29]), deren Lauf anfängt vom Ablaufe jener Frist, welche für die Fortsetzung des Verfahrens durch die gesetzliche Aufforderung hiezu (Artikel 495 Absatz 1 und 2 Pr. O.) gegeben ist [30]), und, wenn das Verfahren in contumaciam als wiederaufgenommen zu betrachten ist, vom Ablaufe der Erscheinungsfrist (Artikel 226 Pr. O.) für den Aufgeforderten.

III. Wiederaufnahme des unterbrochenen Verfahrens, Reprise d'instance, im Gegensatz zur Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens, restitutio contra sententiam, requête civile [31]).

1) Das unterbrochene Verfahren wird, falls die Unterbrechung ihren Grund in der Ablehnung eines Gerichtsmitglieds oder in der Einlegung eines Rechtsmittels hatte (Artikel 490 Pr. O.), durch die Zustellung der betreffenden Entscheidung wieder aufgenommen. Jede Partei kann der andern diese Zustellung (von Anwalt zu Anwalt) machen lassen. Einer ausdrücklichen Erklärung der Absicht, das Verfahren hiemit wieder aufnehmen zu wollen, bedarf es nicht.

2) Was die übrigen Fälle der Unterbrechung betrifft, muß man zwischen einer freiwilligen und erzwungenen Wiederaufnahme des Verfahrens unterscheiden.

a) Die Wiederaufnahme geschieht, wenn die Unterbrechung durch Hinwegfall des Anwalts herbeigeführt war [32]), durch die Kundmachung von der Wiederaufstellung eines neuen Anwalts an die Gegenpartei d. h. den Gegenanwalt [33]) (Anwaltsconstituirung), —

---

26) Artikel 219 Absatz 1 Pr. O.
27) Artikel 492 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 106. Vgl. Artikel 219 Absatz 2 Pr. O.
28) Artikel 491 Absatz 3 Pr. O.
29) Artikel 492 Absatz 2 Pr. O.
30) Artikel 495 Absatz 4 Pr. O.
31) Hauptstück 29 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 106.
32) Artikel 491 Ziffer 4 Pr. O.
33) Artikel 494 Ziffer 3 Pr. O.

und wenn die Unterbrechung Folge des Todes, des Verlustes der Handlungs- oder Dispositionsfähigkeit der Partei, oder des Hinwegfalls ihres gesetzlichen Vertreters war [34]), durch die von Seite der neueintretenden Partei bezw. des neueingetretenen gesetzlichen Vertreters an die Gegenpartei (von Anwalt zu Anwalt) zugestellte Erklärung [35]) der Wiederaufnahme des Verfahrens [36]). Freiwillige Wiederaufnahme.

b) Ist die Partei, auf deren Seite der Unterbrechungsgrund eingetreten war, mit der Wiederaufnahme säumig, so kann sie hiezu durch Aufforderung von der anderen Partei angehalten werden. Erzwungene Wiederaufnahme.

Die Aufforderung muß den Vorschriften des Artikel 226 der Pr. O. entsprechen [37]), die Angabe der bisher von den verschiedenen Parteien [38]) aufgestellten Anwälte [39]), sowie, wenn auch ohne Motivirung, die Anträge enthalten, welche hinsichtlich der Hauptsache d. h. von der Wiederaufnahmsfrage abgesehen für den Fall beabsichtigt sind, daß die Gegenpartei der Aufforderung nicht nachkommt. Will und kann nach Sachlage zur Zeit ein bestimmter anderer Antrag mit Sicherheit nicht gestellt werden, weil dieser z. B. vom Ergebniß einer zu pflegenden Beweisaufnahme abhängt, so ist der Antrag auf die bezielte Definitiventscheidung zu richten.

Die Aufforderung ist in einem Anwaltsschriftsatz niederzulegen und dieser der zur Proceßfortführung berufenen Person zuzustellen, also je nach Umständen der Partei, die ihren Anwalt verloren hat, dem Erben, dem Verlassenschafts-, Gantmassecurator, dem aufgestellten gesetzlichen Vertreter oder dem Nachfolger eines solchen, dem Ehemann ꝛc. Zustellung von Partei zu Partei. Handelt es sich um die Zustellung an Erben, so kann [40]) die Zustellung in der in Artikel 211 Absatz 2 der Pr. O. bezeichneten Weise geschehen (Collectivzustellung); der Anwalt, der dann für die mehreren Erben auftritt, muß diese einzeln bezeichnen.

Entspricht die aufgeforderte Partei ꝛc. der Aufforderung, so hat sie dies ganz in der Weise zu thun, wie wenn sie freiwillig das Verfahren wieder aufgenommen hätte.

Wird der Aufforderung in der vorgesetzten (Artikel 236 Pr. O.) Frist nicht entsprochen, so ist das Verfahren als wieder aufgenommen zu betrachten und wird auf Begehren der Gegenpartei, ohne daß es eines (Versäumungs-) Urtheils über die Zulassung der Wiederaufnahme bedarf, die Verhandlung der Hauptsache nach Maßgabe des Standes, in welchem sie sich befindet, fortgesetzt [41]) und durch Urtheil erledigt.

---

34) Artikel 491 Ziffer 1—3 Pr. O.
35) Welche natürlich in einem Anwaltsact niedergelegt sein muß.
36) Artikel 494 Ziffer 2 Pr. O.
37) D. h. also dahin gehen „innerhalb der allenfalls nach Artikel 209 der Pr. O. gesetzlich erweiterten Frist einen Anwalt zu bestellen und durch ihn dem Gegenanwalte von der Bestellung Anzeige machen zu lassen." Vgl. §. 279.
38) Grund hiefür sieh' in den hannöver. Prot. 1244—1245.
39) Natürlich mit Bezeichnung der Partei, welche sie vertreten.
40) Muß aber nicht.
41) Artikel 495 Absatz 1, 2 und 3 Pr. O.

Daß dieses Urtheil ein Versäumungsurtheil ist, wenn der Proceß schon bei der Unterbrechung contradictorisch noch nicht geworden war, sei es daß bis dahin keine Anträge hinterlegt wurden oder die hinterlegten Anträge ihre Wirksamkeit verloren hatten (Artikel 346 Pr. O.), ist klar.

War aber das Verfahren bei der Unterbrechung schon durch bereits erfolgte Hinterlegung [42]) noch wirksamer [43]) Anträge contradictorisch: so ist die Frage, ob das nun in der Hauptsache zu erlassende Urtheil nicht auch contradictorischer, den Einspruch ausschließender Natur sei? Zwar ist, nachdem die Verhandlung in dem Stande, in welchem sie sich befindet, fortzusetzen, zweifellos die Fiction affirmativer Litiscontestation wie in gewöhnlichen Versäumungsfällen unzuläßig. Es muß auch nach derjenigen Lage erkannt werden, in welche die Sache durch diese Verhandlung gebracht ist. Allein ein solches Urtheil schließt die formale Natur eines Versäumungsurtheils gleichwohl nicht aus. Argum. Artikel 346 Pr. O. Dazu kommt, daß ein contradictorisches Urtheil im Sinne des Artikel 245 Absatz 2 der Pr. O. unter allen Umständen voraussetzt, daß die Partei überhaupt, wenn auch nicht bei der betreffenden Verhandlung, vertreten ist.

Hienach wird angenommen werden dürfen, daß das Urtheil auch in den letzterwähnten Fällen ein Versäumungsurtheil ist.

Ergibt sich bei Prüfung der Aufforderung zur Wiederaufnahme, daß diese den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprach, so ist der Antrag, das Verfahren als wiederaufgenommen zu betrachten, abzuweisen, ohne auf die in der Hauptsache vorgenommenen Proceßhandlungen einzugehen, da diese rechtlicher Wirksamkeit entbehren. (Artikel 492 Pr. O.)

---

42) Artikel 245 Absatz 2 Pr. O.
43) Artikel 346 Pr. O.

## II. Theil.

# Das Ungehorsamsverfahren.

## I. Abschnitt.

# Versäumung.

# I. Hauptstück.

# Versäumung processualer Einzelhandlungen.

## I. Capitel.

## Von Versäumungen im Allgemeinen [1]).

### §. 369.

I. Im Processe können Gerichts- und Parteihandlungen unterlassen werden.

Die Unterlassung der ersteren zieht dem säumigen Richter Ahndungen disciplinärer und selbst strafrechtlicher Art zu. Gegenüber der beschädigten Partei haftet er privatrechtlich mit der Syndicatsklage. Uebrigens können sich die Parteien schon präventiv durch die Beschwerde wegen Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege schützen [2]).

Soll im Processe überhaupt ein Ergebniß erzielt werden, so ist die Vornahme der parteilichen Proceßhandlungen eine Nothwendigkeit. Sie steht deshalb im Allgemeinen unter dem Gesichtspuncte des Zwanges, die Unterlassung unter dem Gesichtspunct der Strafe. Doch ist dies nur von jenen Parteihandlungen zu verstehen, ohne welche der Proceß schlechter-

---

1) Quellen zu Artikel 214 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 86—87.
Abg. Prot. I, 273, 295, 323.
R. Ref. LXXIV.
R. Prot. I, 348.
Quellen zu Artikel 215 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 88—89.
Abg. Prot. I, 275, 295, 323.
R. Ref. LXXIV.
R. Prot. I, 348.
Ueber Versäumungen im Allgemeinen vgl. hannöv. Prot. 1152—1197, 1694—1752, 2637—2638, 2653—2658, 2727—2737; Leonhardt hannöv. Proc. S. 136—139; Lamey, vom rechtlichen Charakter der Ungehorsamsfolgen, Freiburg 1859; Zink a. a. O. I S. 179—185, 188—189; Mittermaier a. a. O. II, 106—134; Arnold a. a. O. S. 85—90; Aphorismen S. 17.

2) Artikel 56 und 57 Pr. O. Vgl. §. 8.

dings nicht geführt werden kann. Handlungen, welche zum officium partium gehören, nothwendige Parteihandlungen.

Hiezu gehören jene Acte nicht, deren Vornahme wohl ein Recht, aber keine Pflicht der Partei ist, z. B. die Fragestellung an Zeugen, die Einlegung von Rechtsmitteln ꝛc. Facultative Parteihandlungen. Ihre Unterlassung steht unter dem Gesichtspuncte des Verzichts.

Die Unterlassung kann sich auf blose Bestandtheile von Handlungen beschränken, welche an sich vorgenommen werden; sie kann auch in der gänzlichen Nichtvornahme nothwendiger Parteiacte bestehen, Versäumung.

Eine Unterlassung im erstbezeichneten Sinn ist gegeben, wenn die wirklich handelnde Partei einzelnes Sachdienliche wegläßt. Es kann dies geschehen bei Vornahme einzelner Proceßhandlungen in oder außerhalb der Sitzung, so wenn Schriftsätze, motivirte Anträge ꝛc. auf bestimmte Behauptungen und Eingelenke beschränkt werden, während noch andere zu Gebote standen, wenn nur eine Vergleichungsschrift vorgelegt wird, während mehrere vorgelegt werden konnten. Es kann aber auch geschehen bei Verhandlungen, sei es daß die Partei zwar während der ganzen Verhandlung gegenwärtig ist, aber ihren Antrag nicht auf alle zu berührenden Puncte erstreckt, oder auch daß sie sich, nachdem sie gehandelt hat, aber vor Schluß der Verhandlung entfernt. Ein Zwang dahin, wieweit eine an sich vorgenommene Handlung ausgedehnt werden müsse oder beschränkt werden dürfe, besteht gesetzlich nicht. Insoweit eben die vorgenommene Handlung sich innerhalb gewisser inhaltlicher und umfänglicher Gränzen hält, steht das Hinweggelassene unter dem Gesichtspuncte des Verzichts, nicht des Ungehorsams oder der Versäumung. Dies spricht das Gesetz, was unvollständige Verhandlungen betrifft, ausdrücklich aus, indem es den über die hier gestellten Anträge ergehenden Urtheilen die Natur von contradictorischen vindicirt. Artikel 254 Pr. O. Das Wesentliche der Theilnahme an Verhandlungen ist stets der Antrag. Wird dieser überhaupt gestellt, dann ist die Verhandlung contradictorisch, mag schon dieser Antrag nicht alle Puncte berühren, welche er berühren sollte, mag überdies seine Motivirung lückenhaft sein oder ganz fehlen. Dies gilt namentlich auch von der mündlichen Rechtsvertheidigung nach gestelltem Antrage. Contradictorisch bleibt endlich die Verhandlung, auch wenn der Antragstellende Anwalt ihr nicht ganz angewohnt hat. Uebrigens bezieht sich Artikel 254 der Pr. O. auf jede selbständige Verhandlung, nicht blos auf Verhandlungen au fond, auf Hinterlegungsverhandlungen so gut, wie auf die Sachverhandlung. Nur ist ein Antrag, der sich auf Vertagung beschränkt, nicht als ein Antrag zur Sache zu betrachten [3]). Anders im Parteiproceß. Vgl. §. 394 Ziffer I.

Versäumung ist gegeben, wenn eine Partei die ihr in bestimmter Frist oder Tagfahrt obliegende Einzelhandlung ganz und gar unterläßt, oder wenn sie ihre Theilnahme an der Verhandlung (Hinterlegungs- oder Sachverhandlung) [4]) völlig versagt, sei es, daß sie hiebei unvertreten bleibt, nicht erscheint, oder daß die Erschienene zu handeln d. i. Antrag zu hinterlegen, bezw. zu stellen unterläßt [5]). Der Begriff der Versäumung ist hienach dahin zu definiren:

---

3) Vgl. Abg. Prot. II, 100, 122; IV, 72–73, 76; dann §. 306 u. §. 309.
4) Abg. Prot. II, 122.
5) Artikel 253 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 76. R. Ref. II, 112; hannöv. Prot.

„Versäumung ist die gänzliche Unterlassung einer nothwendigen „Parteihandlung in der dafür bestimmten Frist oder Tagfahrt, „gleichviel ob dieser Act seiner Natur nach ein einseitiger ist oder „in der Theilnahme an der Verhandlung zu bestehen hatte.“

II. Ohne Unterschied zwischen den verschiedenen Arten dieser Handlungen ist die Einhaltung der Tagfahrten und Fristen zu constatiren.

1) Soweit über Handlungen vom Gerichte oder einem beauftragten Richter Protokolle errichtet werden, ist die Einhaltung der Tagfahrt nach dem Inhalt dieser Protokolle zu bemessen[6]).

Ist bei vereitelten Tagfahrten kein Protokoll zu errichten, so hat der Gerichtsschreiber die Anwesenheit der erschienenen Partei vorzumerken und auf Verlangen Bescheinigung darüber zu ertheilen[7]).

Bei Verhandlungen, auf welche ein Urtheil folgt, geht die Anwesenheit oder Nichtanwesenheit der Betheiligten aus dem Urtheilsbuche hervor[8]).

2) Soweit über Handlungen vom Gerichte oder einem beauftragten Richter Protokolle errichtet werden, ist auch die Einhaltung der Fristen in den geeigneten Fällen nach dem Inhalt dieser Protokolle zu bemessen. Solche Fälle bilden aber allerdings die Ausnahme. Regel ist, daß die Einhaltung der Frist sich aus der betreffenden Zustellungsurkunde und Empfangsbescheinigung[9]) ergeben muß.

Bei Uebergabe einer Schrift, sowie bei Hinterlegung von Acten ist die Zeit der Uebergabe auf der Schrift oder dem Acte durch den Gerichtsschreiber unter Beifügung des Handzugs anzuführen. Solche Bescheinigungen sind maßgebend bis zum Beweise des Gegentheils[10]). Bei Anträgen, welche in der Sitzung übergeben werden, bemerkt der Vorsitzende die Uebergabe darauf[11]). Aehnlich verhält es sich bei der Uebergabe von Urkunden[12]).

III. Die rechtlichen Folgen der Versäumung nothwendiger Parteihandlungen sind theils allgemeine, theils besondere.

Die ersteren gelten für Parteihandlungen schlechthin, soweit nicht das Gesetz in bestimmten einzelnen Fällen Ausnahmen statuirt. (§. 370.)

Die besonderen Folgen der Versäumung sind verschieden, je nachdem die betreffende Handlung in der Theilnahme an der Verhandlung (Hauptstück 2) oder in der Vornahme eines sonstigen Actes d. i. einer processualen Einzelhandlung zu bestehen hatte (§. 371).

---

1724—1741. Der hannöv. Entwurf steht auf einem anderen Standpunct, da er keine conclusions motivées hat.

6) Artikel 214 Absatz 1 Pr. O.

7) Artikel 214 Absatz 2 Pr. O.

8) Artikel 280 Pr. O. Vgl. Artikel 515.

9) Vgl. Artikel 205 Pr. O.

10) Artikel 214 Absatz 3 Pr. O.

11) Vgl. Artikel 241, 247 Pr. O.

12) Artikel 376 Pr. O.

## §. 370.

I. Die allgemeinen Folgen der Versäumung [1]) nothwendiger Parteihandlungen (poena contumaciae generalis) sind, was

1) die Hauptsache betrifft, folgende.

Die Nichtvornahme einer Handlung in der dazu anberaumten Tagfahrt oder innerhalb der dazu bestimmten Frist hat den Ausschluß der säumigen Partei mit der vorzunehmenden Handlung zur Folge [2]). Ein auch rechtzeitig d. h. bei laufender Frist oder vor Schluß der Tagfahrt gestelltes Verlängerungs- oder Vertagungsgesuch hindert jenen Ausschluß nicht, wenn es nach Ablauf der Frist oder Tagfahrtszeit verworfen wird. Dies ist die Regel. Sie gilt für alle selbständigen Handlungen, mögen diese nun in oder außerhalb der Sitzung vorzunehmen sein.

Nach besonderer Gesetzesvorschrift tritt ausnahmsweise die Folge des Ausschlusses nicht ein. Die wichtigste dieser Ausnahmen bilden die Handlungen des Schriftenwechsels behufs Vorbereitung der Verhandlung [3]). Obschon sie zu den nothwendigen Parteihandlungen gehören, obligatorisch vorgeschrieben und von der Gegenpartei erzwingbar sind [4]), knüpft doch das Gesetz an deren Versäumung die volle poena contumaciae generalis nicht [5]), weil sie blose Vorbereitungshandlungen sind, erzwingbare Verhandlungsgrundlagen, aber unpräjudicirlich für die Sache.

Der Act der Anwaltsbestellung ist allerdings keine blose Vorbereitungs-, sondern eine selbständige Haupthandlung im Processe, welche regelmäßig außerhalb der Sitzung in bestimmter Frist vorzunehmen ist. Gleichwohl nimmt er wegen seines besonderen Verhältnisses zur Verhandlung und weil er die Einleitung des Anwaltsprocesses, den vorbereitenden Schriftenwechsel bedingt, eine eigene Stellung ein. Er kann jederzeit bis zur vollendeten Urtheilsverkündung nachgeholt werden.

Eine ausnahmlose Folge der Versäumung ist dagegen das Recht der anderen Partei, weiter zu handeln, den Proceß zu betreiben.

2) Neben dem Ausschluß der unterlassenen Handlung hat die Versäumung die Verurtheilung zum Ersatze jener besonderen Kosten und Schäden zur Folge, welche der Gegenpartei aus der Versäumniß erwachsen sind [6]).

In Fällen, in welchen ausnahmsweise der Ausschluß der versäumten (Vorbereitungs-) Handlung nicht eintritt, hat doch die

---

1) Wann die Versäumung als eingetreten zu betrachten, ist bei der Lehre von den Tagfahrten und Fristen auseinander gesetzt. Vgl. Artikel 207 ff. Pr. O. und §§. 270, 273.

2) Artikel 215 Absatz 1 Pr. O.

3) Vgl. Artikel 229—232, 344, 713, 714 Pr. O.

4) Vgl. §§. 282 und 287.

5) Artikel 251 Absatz 1 Pr. O. Vgl. §. 287.

6) Artikel 106, 215 Absatz 1 Pr. O. Vgl. Absatz 3 dieses Artikels und §. 157.

Partei, welche in solcher Weise eine Proceßverzögerung verschuldete, für die hieraus entspringenden Nachtheile einzustehen. Insbesondere sind, wenn deshalb Vertagung nothwendig wird, der säumigen Partei die Kosten zu überbürden [7]).

Uebrigens ist durchweg zu unterscheiden, ob die vorzunehmende Handlung eine ihrer Natur nach einseitige ist oder in der Theilnahme an der Verhandlung besteht.

Letzterenfalls ist, wenn beide Parteien nicht gehandelt haben, eben die Verhandlung circumducirt. Kein Theil hat eine Ungehorsamsfolge verwirkt. Der Säumige erscheint nur dann als ungehorsam, wenn sein Gegner gehandelt d. h. einseitig verhandelt hat.

Dagegen tritt im erstbezeichneten Falle der Ausschluß ein, mag auch zugleich die Gegenpartei säumig gewesen sein. Hier trifft eben jeden Theil die Ungehorsamsfolge, soweit er zu handeln hatte [8]).

II. In processualer Beziehung kommen zu den vorerwähnten Bestimmungen folgende weitere Vorschriften.

1) Die Nachtheile versäumter Tagfahrten und Fristen treten ohne Androhung ein [9]).

Sie sind mit Ablauf der festgesetzten Zeit ipso jure verwirkt, wenn nicht das Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag des Gegners verlangt. Ist Letzteres der Fall, so kann die versäumte Handlung, solange der Antrag des Gegners nicht gestellt ist [10]), nachgeholt werden [11]). Diese im Interesse des materiellen Rechts gegebene Vorschrift soll das Haschen nach Fictionen möglichst abschneiden.

Ungehorsamsanträge, welche nur in bestimmten Tagfahrten gestellt werden können, sind, wenn hier unterlassen, später nicht nachholbar.

Von selbst versteht sich, daß, wenn der Rechtsnachtheil erst noch verwirklicht werden soll, die berechtigte Partei auch in dem Falle darauf verzichten kann, wenn das Gesetz einen Antrag auf Verwirklichung nicht verlangt, jedenfalls mittelbar durch Bewilligung des betreffenden Restitutionsgesuchs.

Ist aber der Rechtsnachtheil bereits nicht blos verwirkt, sondern verwirklicht d. h. durch richterlichen Ausspruch als eingetreten erklärt, so macht ein dergleichen Verzicht dieses Urtheil nicht hinfällig [12]).

2) Kosten- und Schadensersatz aus Versäumungen ist nur auf Verlangen der Gegenpartei zuzuerkennen [13]).

---

7) Artikel 251 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §. 287 Ziffer I, 2.
8) Artikel 340 Pr. O.
9) Abg. Prot. I, 295.
10) Im Falle des Artikel 574 Pr. O. zugestellt.
Im Uebrigen vgl. Artikel 301, 303 Pr. O. In dem (hieher nicht gehörigen) Falle des Artikel 558 der Pr. O. kann auch nach Stellung des Antrags bis zur Beschlußerlassung protestirt werden.
11) Artikel 215 Absatz 2 Pr. O. Vgl. z. B den Fall in Artikel 123 Pr. O.
12) Abg. Prot. II, 275. Das sg. rabattre le défaut ist nicht gestattet. Argum. cfr. Artikel 250 Absatz 4 Pr. O.
13) Artikel 215 Absatz 3 Pr. O.

## II. Capitel.

## Von den besonderen Folgen der Versäumung processualer Einzelhandlungen.

### §. 371.

Die processualen Einzelhandlungen sind zumeist außerhalb der Sitzung vorzunehmen, sei es binnen bestimmter Frist von Partei zu Partei oder von Anwalt zu Anwalt, — oder in Tagfahrten vor dem beauftragten Richter. Sie sind, wie schon in §. 370 angedeutet, entweder blose Vorbereitungs-, oder selbständige d. i. processuale Haupthandlungen. Sie können aber auch in der Gerichtssitzung vorzunehmen sein, wie z. B. Beweisführungen, welche nicht einen Bestandtheil der Sachverhandlung bilden, sondern ihre selbständige Natur als processuale Einzelhandlungen behalten, mag auch in derselben Sitzung sich an sie die Sachverhandlung unmittelbar anschließen. Vgl. Artikel 344 der Proceßordnung. Alle in der Gerichtssitzung vorzunehmenden Acte tragen den Charakter selbständiger Haupt-, nicht bloser Vorbereitungshandlungen.

Die Specialfolgen, welche das Gesetz an die Versäumung processualer Einzelhandlungen knüpft, sind überall besonders normirt. Sie sind so verschieden, als der Inhalt und Zweck der vorzunehmenden Handlung selbst.

Bald ist es das Präjudiz der Annahme des Zugeständnisses einzelner Thatsachen, wie in den Fällen der Artikel 155 und 156 der Pr. O., wenn die persönlich vorgeladene Partei nicht erscheint.

Bald ist es die Annahme der Genehmigung thatsächlicher Erklärungen und Geständnisse des Gewalthabers, welche auf der Stelle zu widerrufen die mitanwesende Partei unterläßt. Artikel 90 Pr. O.

Bald ist es die Nichtbenützbarkeit von urkundlichen Beweismitteln, welche dem Gegner rechtzeitig mitzutheilen versäumt wurde. Artikel 172 Absatz 4 Pr. O.

Bald ist es die Befugniß dritter Personen, das Erscheinen zu verweigern, wenn von der Partei z. B. die Zeugengebühren nicht hinterlegt wurden. Artikel 343 Pr. O.

Bald ist es die Annahme der Anerkennung von Urkunden. Artikel 378, 380 Pr. O.

Beim Nichterscheinen in der Eidesleistungstagfahrt ist es die Annahme des Zugeständnisses des Gegentheils zu beschwörender Thatsachen oder der Zulassung der andern Partei zum Eide. Artikel 465 Absatz 3 und Artikel 471 Absatz 3 Pr. O.

In den Fällen der Artikel 495 und 497 sind es wieder andere Specialfolgen, welche sich an die Versäumung der betreffenden Frist knüpfen u. s. w.

## II. Hauptstück.

# Versäumung der Verhandlung.

### I. Capitel.

### Unterlassung der Anwaltsbestellung [1]).

### §. 372.

I. Wenn von Versäumung der Verhandlung die Rede ist, so fragt sich zunächst, welches jene Verhandlungen sind, an deren Versäumung das Gesetz Specialfolgen anknüpft. Es gehören hieher:

1) Nach dem Gegenstande der Aburtheilung nicht blos Verhandlungen über die Hauptsache (au fond), gleichviel ob sie auf sämmtliche Hauptstreitpuncte ausgedehnt oder auf einzelne derselben z. B. Präjudicialpuncte [2]) beschränkt sind, sondern auch die Separatverhandlungen über Proceßeinreden [3]), Incidentpuncte [4]), überhaupt Vorfragen. Auf alle diese Arten von Verhandlungen finden

---

1) Quellen zu Artikel 297 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 114—116; III, 42.
Abg. Prot. II, 95, 96, 97—99, 135—136, 147, 171, 269, 451; IV, 83, 129.
R. Ref. I, 18, 49—50; II, 131.
R. Prot. II, 96; IV, 41.
Quellen zu Artikel 298 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 114—116.
Abg. Prot. II, 103, 106—107, 135, 147, 451.
R. Ref. I, 18.
R. Prot. II, 96.
Quellen zu Artikel 299 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 135, 147.
R. Ref. I, 18.
R. Prot. II, 96.
Quellen zu Artikel 305 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 114—116; III, 43.
Abg. Prot. II, 96, 99, 136—137, 148; IV, 87, 130.
R. Ref. I, 18; II, 134.
R. Prot. II, 103; IV, 41.
Quellen zu Artikel 307 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 114—116.
Abg. Prot. II, 99—100, 136—137, 148.
R. Ref. I, 18.
R. Prot. II, 103.
Quellen zu Artikel 308 Pr. O.:
Abg. Ref. III. 43.
Abg. Prot. IV, 87, 130.
R. Prot. II, 298—299.

2) Artikel 190, 191 Pr. O.

3) Artikel 184, 185, 232 Pr. O.

4) Hauptstück XV Pr. O.

die betreffenden die Specialfolgen der Versäumung normirenden Vorschriften der Artikel 297—306 der Pr. O. selbständige Anwendung.

Sie finden insbesondere auch Anwendung [5]) auf jene Verhandlungen au fond, welche sich der urtheilmäßig erledigten Verhandlung über Proceßeinreden, Präjudicial- und Incidentpuncte, überhaupt über Vorfragen [6]) anzuschließen haben [7]).

Allerdings ist diese letztere Vorschrift in der Allgemeinheit, in welcher sie Artikel 307 der Pr. O. hinstellt, nicht völlig zutreffend, sondern nur mit gewisser Einschränkung richtig.

Von einer Versäumungsverhandlung aus unterlassener Anwaltsbestellung kann nämlich nicht mehr die Rede sein, wenn für die Verhandlung der Vorfrage bereits allseitig Anwälte bestellt waren, es wäre denn inzwischen der Fall des Artikel 491 Ziffer 4 mit Artikel 495 Absatz 3 der Pr. O. eingetreten. War aber ursprünglich schon vom Beklagten die Anwaltsbestellung unterlassen worden, so ist nicht wohl abzusehen, wie es zu einer Separatverhandlung kommen konnte, es mußte vielmehr sofort die ganze Sache durch Versäumungsurtheil erledigt werden. Die Anführung der Artikel 397—400 in Artikel 307 der Pr. O. wäre daher besser weggeblieben.

Auch die Anführung der Artikel 301—306 hat nur für den Fall Gegenstand, wenn sich bei der vorgängigen Separatverhandlung durchweg auf die Vorfrage beschränkt wurde und Anträge au fond nicht hinterlegt worden sind. Z. B. es wurde eine proceßhindernde Einrede ohne Einlassung auf die Hauptsache vorgebracht, hierüber allein verhandelt und geurtheilt, die Einrede aber verworfen. Hier ist die Verhandlung der Hauptsache dadurch herbeizuführen, daß zuerst Sitzung zur Hinterlegung der Anträge erwirkt wird, Artikel 256 Pr. O.

Sind aber schon bei der Verhandlung der Vorfrage beiderseits die Anträge für die Hauptsache mithinterlegt worden, was namentlich bei Präjudicialpuncten immer der Fall ist (vgl. das hierüber in §. 231 Bemerkte), dann ist die nachfolgende Verhandlung au fond contradictorisch, auch wenn ein Theil ungehorsam ausbleibt. Artikel 245 Absatz 2 Pr. O. [8]) Von Fällen des Artikel 346 der Pr. O. ist selbstverständlich hier keine Rede. Dort handelt es sich nicht um Vorfragen im Sinne des Artikel 307 der Pr. O.

2) Nach der processualen Lage, in welcher sich die Sache befindet, unterscheidet man die Hinterlegungs- und die Sachverhandlung, dann in Ansehung beider die erste und die Schlußverhandlung mit je dazu gehöriger Hinterlegung der Anträge, endlich jene Verhandlungen, welche der Wiederaufnahme des unterbrochenen Verfahrens folgen.

Auf die Schlußverhandlung, sei es blos zur Hinterlegung oder Sachverhandlung, finden zwar die allgemeinen Grundsätze (Artikel

---

5) „Analoge Anwendung" sagt das Gesetz, wohl ohne Noth.
6) Abg. Prot. II, 137.
7) Artikel 307, 256 Pr. O.
8) Vgl. §. 306 und Abg. Prot. II, 99, 100, 166, 167.

301 ff.), aber mit jenen wesentlichen Modificationen Anwendung, welche der Artikel 346 der Pr. O. vorschreibt. Aehnliches gilt für jene Verhandlung, welche auf die in contumaciam erfolgte Wiederaufnahme eines unterbrochenen Verfahrens gepflogen wird. Artikel 495 Pr. O. Von beiden war bereits die Rede [9].

Auf die erste Sach- und hiezu gehörige Hinterlegungsverhandlung aber finden die allgemeinen Vorschriften der Artikel 297 ff. der Pr. O. volle Anwendung [10].

II. Im Anwaltsproceß fällt der Begriff der Versäumung der Verhandlung keineswegs mit dem persönlichen Nichterscheinen oder Nichthandeln der Partei selbst zusammen, weil hier Anwaltszwang gilt. Hieraus ergeben sich Consequenzen.

1) Kann die Partei selbst nicht verhandeln, sondern nur ein Anwalt für sie, so ist auch nur der letztere zur Sitzung zu laden [11]). Dies setzt die vorgängige Anwaltsbestellung voraus.

Folgerecht macht jene Partei, welche die Anwaltsbestellung unterläßt, ihre vorschriftsmäßige Ladung zur Verhandlung wie ihre legale Vertretung hiebei unmöglich. Die Unterlassung der Anwaltsbestellung ist Ungehorsam im Sinne des Gesetzes.

Allerdings ist die Anwaltsbestellung an und für sich ein processualer Einzelact, in der Regel außerhalb der Sitzung vorgenommen, und blose Vorbereitungshandlung insoferne, als hievon die Möglichkeit des Schriftenwechsels bedingt wird. Allein all' diese Momente bilden nur äußere, nebensächliche Charaktere des Actes. Mit den Handlungen des Schriftenwechsels hat er nur gemein, daß er zeitlich der Verhandlung vorausgeht. Sachlich ist die Bestellung eines Anwalts Bedingung der Verhandelbarkeit des Rechtsstreits, also keine blose Vorbereitungshandlung. Ohne Schriftenwechsel kann wohl, aber niemals ohne Anwalt verhandelt werden. Die Anwaltsbestellung kann nicht blos außerhalb, sondern auch noch in der Sitzung vorgenommen werden [12]). Ob das Eine oder Andere geschieht ist unwesentlich, wesentlich aber, daß die Bestellung überhaupt

---

9) Vgl. §§. 340, 341, 368. Die gegentheilige Meinung wurde im Abg. Ausschuß ohne Erfolg vertreten. Abg. Prot. II, 100. Von Versäumungen in der Berufungsinstanz (Artikel 710, 726) später.

10) Man kann die Versäumung, von der hier die Rede ist, als Ungehorsam in Bezug auf die Sache bezeichnen.

Ihm steht eine andere Art von Ungehorsam gegenüber, Ungehorsam in Bezug auf die Art der Proceßführung. Besteht nämlich eine und dieselbe Partei aus einer Mehrheit von Personen, Streitgenossen 2c., so sollen diese in der Regel einen gemeinschaftlichen Vertreter bestellen (Artikel 64 Abs. 2 Pr. O.); auch soll gegen alle in derselben Streitsache vorgeladenen, aber nicht erschienenen Parteien durch ein und dasselbe Urtheil erkannt werden (Artikel 306 Absatz 1 Pr. O.). Zur Durchführung dieser Bestimmungen gibt das Gesetz weitere Vorschriften (Artikel 64 Absatz 3 und Artikel 316—318). Der französische Proceß bezeichnet den Ungehorsam in Bezug auf die Gemeinschaftlichkeit der Proceßführung mit défaut de jonction. Das die Gemeinschaftlichkeit der Verhandlung bestimmende Urtheil nennt unsere Pr. O. Verbindungsurtheil. Im achten Buche wird hievon des Näheren gehandelt werden.

11) Vgl. Artikel 239, 252, 259 Absatz 3 Pr. O.

12) Artikel 250, 259 Pr. O. Vgl. §§. 304, 308.

vorgenommen wird. Denn hievon hängt die Vertretbarkeit der Partei in der Sitzung, die contradictorische Verhandelbarkeit der Sache ab. Die Unterlassung der Anwaltsbestellung ist hienach Ungehorsam in Bezug auf die Verhandlung, primitives Nichterscheinen, défaut contre partie.

2) Der eben bezeichneten steht eine andere Art des Ungehorsams gegenüber, das Nichterscheinen oder Nichthandeln des bestellten Anwalts, défaut contre avoué.

Die letzterwähnte Art der Versäumung kann auf Seite der Klags- wie der beklagten Partei vorkommen. Die Versäumung aus unterlassener Anwaltsbestellung ist, von dem Specialfalle des Artikel 495 abgesehen, nur auf Seite des Beklagten denkbar. Denn da schon die erste Handlung im Anwaltsproceß, die Klageschrift, ein Anwaltsact sein muß, ist der Beginn eines Processes ohne das Vorhandensein eines klägerischen Anwalts unmöglich.

Da die Unterlassung der Anwaltsbestellung der erstmögliche Ungehorsam in der Sache, der Ungehorsam des Beklagten aber, bestehe er hierin oder im Nichterscheinen des von ihm bestellten Anwalts, der gewöhnlichere Fall ist [13]), so wird zunächst von diesem und primitiv von der Unterlassung der Anwaltsbestellung gehandelt.

Diese kann versäumt werden im regulären Anwaltsproceß (Nichtbefolgung des Artikel 226 Pr. O.) und im abgekürzten Anwaltsproceß (Außerachtlassung des Art. 259 Absatz 3 Pr. O.); hier fällt sie aber mit dem Nichterscheinen des bestellten Anwalts zusammen. Vgl. §§. 376 und 377. Darum wird im abgekürzten Anwaltsproceß der Fall der unterlassenen Anwaltsbestellung processual gleich jenem des Nichterscheinens des beklagtischen Anwalts behandelt. Versäumen beide Theile die Verhandlungstagfahrt, so ist der klägerische Anwalt, auch wenn ihm weiterhin von beklagter Seite keine Signification über die Anwaltsbestellung zugeht, keineswegs berechtigt, ohne Weiteres in einer späteren beliebigen Sitzung Versäumungsurtheil zu beantragen. Er muß vielmehr den Beklagten selbst aufs Neue vorladen lassen [14]).

Wie die Anwaltsbestellung, wenn sie außerhalb oder in der Sitzung vorgenommen wird, zu geschehen hat, ist bereits früher bemerkt [15]).

## § 373.

Anlangend das Verfahren auf Einleitung der Verhandlung, so versteht es sich von selbst, daß bei unterlassener Anwaltsbestellung wesentliche Modificationen der contradictorisch-regulären Procedur (§§. 282—306) eintreten müssen. Denn diese Unterlassung macht das in Schriftenwechsel und Urkundenmittheilung bestehende Vorverfahren, nicht minder die besondere Hinterlegung der Anträge unmöglich, die mit Rücksicht hierauf normirte Art der Tagfahrtsfestsetzung für die Sachverhandlung aber unnöthig [1]), nachdem der Beklagte zu erkennen gegeben hat, daß er sich nicht vertreten lassen will [2]).

13) Abg. Prot. II, 135.
14) Abg. Prot. II, 267.
15) Vgl. §§. 281, 304, 307, 308 und Artikel 226, 227, 250, 259, 281 der Pr. O.
1) Abg. Prot. II, 115.
2) Abg. Prot. II, 26. Freilich ist möglich, daß der Beklagte bisher an der An-

Demgemäß geht das Gesetz von dem Grundsatze aus, daß bei unterlassener Anwaltsbestellung die Anmeldung der Sache bei Gericht zum Eintrag in das Hauptverzeichniß wie zur unmittelbaren Verhandlung und Aburtheilung sich sofort d. h. ohne Einschiebung anderer Proceßhandlungen anschließt an den vollendeten Act der Klagserhebung.

„Hat der Beklagte keinen Anwalt bestellt, so kann der Anwalt des „Klägers, sobald der Eintrag in das Hauptverzeichniß erfolgt ist, „ohne vorgängige Festsetzung einer Tagfahrt in jeder ihm beliebigen „Sitzung und in jedem ihm beliebigen Senate, welcher Civilrechts-„streitigkeiten zu entscheiden hat, den Antrag auf Erlassung eines „Versäumungsurtheils stellen. Die Absicht, dies zu thun, kann „noch in der Sitzung selbst erklärt werden" [3]).

Die Voraussetzungen dieser Anmeldung im Einzelnen sind aber folgende.

I. Eine Klagserhebung nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften [4]). Artikel 224—226 Pr. O. Vgl. §§. 278 und 279.

II. Die Unterlassung der Anwaltsbestellung [5]) von Seite des Beklagten (Ungehorsam gegen die ihm in Gemäßheit des Artikel 226 der Pr. O. zugegangene Aufforderung). Diese zweite Voraussetzung ist nur gegeben:

1) wenn die Erscheinungsfrist des Beklagten [6]) fruchtlos abgelaufen [7]) und

2) auch zu der Zeit, zu welcher nach Ablauf jener Frist die Anmeldung geschehen soll, die Anwaltsbestellung noch nicht erfolgt ist.

Nach allgemeinen Bestimmungen ist nämlich eine Remedur des Ungehorsams dann gestattet, wenn das Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag des Gegners verlangt. In diesem Fall, und ein solcher liegt hier vor [8]), kann die bisher unterlassene Handlung, also die Anwaltsbestellung, solange der Ungehorsamsantrag in der Sitzung nicht gestellt ist, nachgeholt werden [9]). Um so mehr gilt dies, wenn der klägerische Anwalt die Anmeldung zum Hauptverzeichniß nicht erst in der bezeichneten Sitzung, sondern schon vorher bewirkt hat.

Der Fall solch' nachträglicher Anwaltsbestellung wird um so öfter eintreten, als der klägerische Anwalt mit der Erwirkung des Versäumungsurtheils freiwillig zuwartet und dem Beklagten Zeit

---

waltsbestellung gehindert war und noch ist. Gegen die bezüglichen Folgen kann er sich durch nachträgliche Anwaltsbestellung und durch Einspruch gegen das Versäumungsurtheil schützen. Auch auf Officialberücksichtigung hat er u. U. Anspruch. Artikel 305 Pr. O.

3) Artikel 250 Absatz 1 Pr. O.

4) Artikel 297 Absatz 1 und 2 Pr. O.

5) Artikel 250 Absatz 1 und Artikel 297 Pr. O.

6) Artikel 226, 209 Pr. O.

7) Artikel 297 Absatz 1 und 2 Pr. O.

8) Artikel 297 Absatz 1 Pr. O.

9) Artikel 215 Absatz 2 Pr. O. Vermöge einer Sonderbestimmung gestattet das Gesetz die nachträgliche Anwaltsbestellung sogar noch bis zur Urtheilsverkündung. Artikel 250 Absatz 4 Pr. O. und §. 374. Sie unterscheidet sich wesentlich von der Anwaltsbestellung außerhalb der Sitzung, namentlich in ihren Wirkungen. Deshalb ist sie hier noch nicht zu erörtern.

läßt. Hat dieser inzwischen die Anwaltsbestellung significiren lassen, so ist von da ab die Sache in die Bahn des contradictorischen Verfahrens geleitet. Es tritt nun der vorbereitende Schriftenwechsel nach dem Gesetze ein. Für den Anwalt des Beklagten beginnt mit dem auf dessen Bestellung als Anwalt resp. deren Signification folgenden nächsten Tage die fünfzehntägige [10]), u. U. achttägige [11]) Frist zur Zustellung seines motivirten Antrags. Allerdings soll diese Frist „mit dem Ablauf der Erscheinungsfrist" beginnen, eine Frist, die hier vorausgesetzter Maßen längst abgelaufen ist. Allein bei nachträglicher Anwaltsbestellung betrachtet das Gesetz den Tag ihrer Signification als letzten Tag der Erscheinungsfrist. Wohl hat sich der Beklagte auf solche Weise die Frist willkürlich verlängert. Allein der Kläger hat dies mitveranlaßt. Ihn hinderte, im Fall er die schleunige Betreibung der Sache wollte, Nichts, in der auf den Ablauf der Frist des Artikel 226 nächstfolgenden Sitzung Versäumungsurtheil zu nehmen [12]).

Hätte der Kläger unter Verschweigung der nachträglichen Anwaltsconstituirung ein solches Urtheil erwirkt, so wäre dies nichtig und mit den bezüglichen Rechtsmitteln anfechtbar, wobei jedenfalls dem Kläger die Kosten der erwähnten Procedur zur Last fallen.

III. Ist seit Ablauf der Erscheinungsfrist ein volles Jahr verstrichen, ohne daß von dem Beklagten ein Anwalt bestellt, aber auch ohne daß vom Kläger Versäumungsurtheil erwirkt wurde, so kann dieser ein solches Urtheil erst beantragen, wenn er den Beklagten unter Bezugnahme auf die frühere; genau zu bezeichnende Klage, deren rechtliche, processuale wie materielle Wirkungen bestehen bleiben [13]), wiederholt durch Gerichtsvollzieheract [14]) zur Bestellung eines Anwalts hat auffordern lassen und seit dieser zweiten Aufforderung nicht blos die, ganz gleich der ersten zu berechnende [15]), Erscheinungsfrist abgelaufen [16]), sondern auch nach deren Ablauf und bis zur Antragstellung [17]) die Anwaltsbestellung nicht erfolgt ist. Da es nach einmal fruchtlos abgelaufener Erscheinungsfrist ganz in der Hand des Klägers liegt, jederzeit Ungehorsamsurtheil zu erwirken oder nicht, so könnte er jahrelang unthätig zuwarten und mit dergleichen alten Klagserhebungen Mißbrauch getrieben werden. Deshalb die eben erwähnte Bestimmung [18]). Uebrigens ist nur die Wiederholung der in Artikel 226 vorgesehenen Aufforderung, keineswegs eine wiederholte Zustellung der Klageschrift nöthig [19]).

Sind die unter Ziffer I—III bezeichneten Voraussetzungen gegeben, so

10) Artikel 231 Pr. O.
11) Artikel 232 Pr. O.
12) Abg. Prot. II, 27.
13) Artikel 179. Vgl. §. 280. Namentlich bleibt die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts bestehen, auch wenn der Beklagte inzwischen den Wohnsitz gewechselt hat. Abg. Prot. II, 106—107.
14) Zustellung von Partei zu Partei.
15) Artikel 226, 209 Pr. O. In einem Falle des letztalleg. Artikels ist natürlich der dermalige Wohnort ꝛc. maßgebend.
16) Artikel 298 Pr. O.
17) Vgl. Ziffer II, 2 und Artikel 298 Pr. O.
18) Abg. Prot. II, 103.
19) Abg. Prot. II, 103, 106—107.

kann der Anwalt des Klägers die Sache für die Sitzung anmelden [20]). Eine bestimmte Zeit braucht Anmeldung und Eintrag im Hauptverzeichniß dem Ungehorsamsantrag in der Sitzung keineswegs vorauszugehen. Noch während der Sitzung und unmittelbar vor der Antragstellung kann Beides geschehen [21]). Daß dies geschehe, ist sogar wünschenswerth [22]). Ueber den Eintrag in das Senatsverzeichniß bei Gerichten mit mehreren ständigen Civilsenaten vgl. §. 302 Anmerkung 19.

Was die Zeit der Antragstellung in der Sitzung und diese selbst betrifft, so kann [23]) der klägerische Anwalt, sobald der Eintrag im Hauptverzeichniß erfolgt ist bezw. pari passu mit demselben ohne vorgängige Festsetzung einer Verhandlungstagfahrt (Hinwegfall der besonderen Hinterlegungstagfahrt mit dem ihr vorgehenden Verfahren zur Fixirung dieser, also des Eintrags in die Wochentabelle [24]), des Anschlags, affiche nach Artikel 237, der Ladung zum ersten Aufruf) [25]) in jeder ihm beliebigen Sitzung, gleichviel ob diese für Sachen ersten Aufrufs (allgemeine Gerichtstage, Fixationssachen) oder zufällig für die Verhandlung andrer Sachen eben stattfindet [26]), und in jedem ihm beliebigen Civilsenate den Antrag auf Erlassung eines Versäumungsurtheils stellen [27]). Während contradictorische Sachen vom Gerichtsvorstand den einzelnen Senaten zugetheilt werden, tritt für Ungehorsamssachen an Stelle dieser Zutheilung die Wahl des klägerischen Anwalts. So kann, wenn z. B. am Freitag den 31. März die Erscheinungsfrist abgelaufen ist und am darauffolgenden Samstage irgend eine Civilsitzung eines beliebigen Civilsenats stattfindet, in dieser die Sache angemeldet und Urtheil genommen werden [28]).

Eine nothwendige Folge davon, daß lediglich der Kläger den Verhandlungstag wählt, ist es nun keineswegs, daß hiezu nicht auch der Beklagte vorgeladen werde [29]). Gleichwohl ist eine solche Ladung nicht geboten. Der Beklagte kann einen Anwalt nachträglich bestellen; wiederholt braucht er hiezu nicht aufgefordert zu werden [30]). Wollte dies freilich der Kläger freiwillig thun, so müßte die Aufforderung auf Erscheinen durch einen Anwalt gerichtet werden. Durch seine Nichtvorladung zur Sitzung, durch die willkürliche Wahl des Senates, des Tags und der Stunde der

---

20) Artikel 228 Pr. O.

21) Abg. Prot. II, 26. Die Absicht, Versäumungsurtheil erwirken zu wollen, kann noch in der Sitzung selbst erklärt werden. Artikel 250 Pr. O. Absatz 1 i. f.

22) In den Ländern französischen Processes sind Anmeldungen vor der Sitzung nicht üblich. Erst in der Sitzung wird die Erklärung abgegeben, daß man in dieser Sitzung Versäumungsurtheil nehmen wolle. Abg. Prot. II, 121.

Die Aufnahme der Sache in das Sitzungsverzeichniß ist, da dieses keinen officiellen Charakter hat d. h. keinen eigentlichen zur Aufbewahrung bestimmten Gerichtsact bildet, nicht nothwendig. Vgl. R. Prot. II, 31--32; Abg. Ref. III, 35. Obwohl eine bezügliche reglementäre Bestimmung zulässig gewesen wäre (Artikel 258 Pr. O.), wurde doch von einer solchen abgesehen.

23) Die Zulassung solcher Beschleunigung war durch die Rücksicht auf den öffentlichen Credit veranlaßt.

24) Vgl. §. 303 Anm. 8.

25) Abg. Prot. II, 26.

26) Abg. Prot. II, 27.

27) Artikel 250 Absatz 1 Pr. O.

28) Abg. Prot. II, 27.

29) welche Vorladung außerdem Regel ist. Artikel 239, 252, 259 Pr. O.

30) Vgl. §. 303 Anm. 5.

Verhandlung ist dem Beklagten, der von allem dem kaum rechtzeitige Kenntniß erhalten kann, die nachträgliche Anwaltsbestellung außerordentlich erschwert. Dies ist Folge seines primitiven Ungehorsams. Wären alle Ungehorsamssachen gesetzlich oder reglementär einem bestimmten Senate zum Voraus zugetheilt, so würde die Absicht der Pr. O. nicht erreicht, da der Kläger stets genöthigt wäre, zu warten, bis dieser Senat Sitzung hält[31]).

## §. 374.

I. In der Sitzung, in welcher der klägerische Anwalt Versäumungsurtheil nehmen zu wollen erklärt hat, erfolgt der Aufruf der Sache. Artikel 250 Absatz 2 Pr. O. Ueber die Reihenfolge des Aufrufs ist das Nöthige in §. 304 bemerkt.

II. Nach erfolgtem Aufruf ist unmittelbar in die Verhandlung einzutreten und daran anschließend das (Versäumungs-) Urtheil in der Hauptsache zu erlassen[1]).

Indessen kann doch der Zweck der Tagfahrt d. h. die einseitige oder Ungehorsamsverhandlung aus verschiedenen Gründen vereitelt werden, zunächst:

1) Wenn dem Gericht Umstände bekannt sind, welche den Beklagten in die Unmöglichkeit versetzt haben, einen Anwalt zu bestellen. Hierüber entscheidet das richterliche Ermessen. Bejahendenfalls ist die Verhandlung auszusetzen und nach Gestalt der Umstände die Wiedervorladung anzuordnen[2]) d. h. zu verfügen, daß der Beklagte aufgefordert werde, innerhalb einer neuen gesetzlichen Erscheinungsfrist (Artikel 226, 209 Pr. O.) die Anwaltsbestellung vorzunehmen. Die sonstigen Wirkungen der früheren Klagserhebung bleiben in Kraft.

2) Tritt vor Schluß[3]) der Urtheilsverkündung ein Anwalt in der Sitzung auf mit der (mündlichen) Erklärung gegenüber dem klägerischen Anwalt, sich als Anwalt des Beklagten zu bestellen, so wird die Sache durch gerichtliches Urtheil zur wechselseitigen Zustellung der motivirten Anträge ausgesetzt, wobei das Gericht zugleich die Fristen hiefür bestimmt. M. a. W. Es wird nicht etwa die Sitzung unter richterlicher Festsetzung der Fristen für den Schriftenwechsel auf eine bestimmte andere Tagfahrt (zur Hinterlegung) vertagt, sondern es werden unter Aufhebung der gegenwärtigen Verhandlung lediglich die Fristen für den Schriftenwechsel richterlich bestimmt.

---

31) Abg. Prot. II, 27.

1) Artikel 298 und 299 verhalten sich zu Artikel 297 der Pr. O. wie die Ausnahme zur Regel.

2) Artikel 305 Pr. O.

3) Abg. Prot. II, 121.

Die französische Praxis geht weiter. Erscheint der für den Beklagten auftretende Anwalt erst nach Verkündung des Versäumungsurtheils, so wird die Sache so angesehen, als wenn das Urtheil gar nicht gesprochen wäre und sich der beklagte Anwalt schon vor dessen Verkündung constituirt hätte. Einspruch in abgekürzter Form. Diese Uebung gilt nicht in Handelssachen. Bei vielen französ. Gerichten wird das Versäumungsurtheil nur mit der Bedingung gesprochen, daß der Ausgebliebene nicht im Laufe der Sitzung noch erscheint. Man nennt dies rabattre le défaut. Die bayr. Pr. O. hat das Institut nicht aufgenommen. Abg. Prot. II, 138—139.

Diese treten an Stelle der gesetzlichen Fristen (Artikel 231, 232) und es ist damit die Sache aus dem Ungehorsams- in das contradictorische Verfahren hinübergelenkt. Sie kömmt erst wieder zum Aufruf, wenn sie von der betreibenden Partei zur Wochentabelle angemeldet, vom Gerichtsschreiber in dieselbe aufgenommen und die hienach treffende Hinterlegungstagfahrt herangekommen ist [4]). So sind die Parteien in Bezug auf Anmeldung oder Nichtanmeldung weit weniger beschränkt, als wenn das Gericht sofort die Hinterlegungstagfahrt anberaumen würde. Sache des Gerichts ist nur, die Fristen für den Schriftenwechsel den Umständen angemessen nicht zu lang und nicht zu eng zu setzen [5]). Es braucht sich nicht an die Dauer der gesetzlichen Fristen zu binden. Einer gleichzeitigen oder nachträglichen schriftlichen Mittheilung der beklagtischen Anwaltsbestellung an den klägerischen Anwalt (Signification) bedarf es nicht. Die in der Sitzung erklärte Anwaltsbestellung wird im Urtheilsbuche beurkundet [6]). Damit wollte die Nothwendigkeit einer Wiederholung dieses Versäumungsverfahrens für den Fall beseitigt werden, daß die Signification an den klägerischen Anwalt hinterher doch unterbleiben sollte [7]).

Hiedurch und durch die richterliche Fristenfestsetzung für den Schriftenwechsel unterscheidet sich der eben besprochene von dem Falle der nachträglichen Anwaltsbestellung außerhalb der Sitzung, in welchem das schriftliche Vorverfahren sich einfach im Rahmen der gesetzlichen Fristen abwickelt. Vgl. §. 373. Die Bestimmung des Artikel 450 Absatz 4 bildet aber auch eine Ausnahme von jener in Artikel 215 Absatz 2 der Pr. O., der zu Folge versäumte Handlungen nach Stellung des Ungehorsamsantrags nicht mehr nachgeholt werden können [8]).

Daß übrigens der Beklagte für die durch die Verzögerung der Anwaltsbestellung entstandenen Nachtheile im Allgemeinen, wie für die hierauf erwachsenen besonderen Kosten einzustehen hat, versteht sich von selbst [9]).

3) Der Zweck der Tagfahrt kann endlich noch aus einem anderen Grunde vereitelt werden [10]).

Will nämlich der Kläger die Klage in ihrem Gegenstand, in ihrer thatsächlichen Begründung oder durch Erweiterung des Gesuchs ändern d. h. einen Klagsnachtrag machen, so muß er diesen durch Zustellung eines von seinem Anwalte gefertigten Schriftsatzes unter Anführung der betreffenden Urkunden dem Beklagten mittheilen. In einem solchen Falle kann, weil der Beklagte durch den Klagsnachtrag in eine neue Lage versetzt wird [11]), ein Versäumungsurtheil erst erwirkt werden, wenn seit dieser Zustellung ein der Er-

4) Artikel 250 Absatz 4 Pr. O. Vgl. §. 304 i. f.
5) Abg. Prot. II, 121.
6) Artikel 281 Pr. O.
7) Abg. Prot. II, 121.
8) Vgl. übrigens A. Prot. II, 26.
9) Artikel 251 Pr. O.?
10) Vgl. hannöver. Prot. 1708—1710, 1714—1721, 2727—2737.
11) Abg. Prot. II, 135.

scheinungsfrist gleichkommender Zeitraum (Artikel 226, 209) verstrichen ist[12]). Die Berechnung der Frist in der Zustellungsurkunde ist hier nicht ausdrücklich vorgeschrieben, wie in Artikel 226 der Pr. O.

Auf die Unterscheidungen zwischen Klagsverbesserung und eigentlicher oder uneigentlicher Klagsänderung (Artikel 180—183) kömmt es hier nicht an. Der Beklagte muß eben, mag es sich um das Eine oder Andere handeln, gehört werden. Nur insoweit, als durch den Nachtrag der Rechtsstand des Beklagten ganz offenbar nicht geändert wird[13]), kann von der erwähnten Zustellung Umgang genommen werden, also nur bei eclatanten Schreib- und Rechnungsverstößen ꝛc. oder wenn es sich um Puncte handelt, die von Amtswegen zu attendiren sind z. B. den Nachtrag der Kostenbitte. Artikel 262. Nothwendig scheint mir namentlich die Zustellung, wenn die Erläuterung undeutlicher oder die Ergänzung unvollständiger Anführungen oder gar die Erweiterung oder Aenderung des Gesuchs im Sinne des Artikel 182 der Pr. O. beabsichtigt ist.

III. Steht der Verhandlung keines der vorbezeichneten Hindernisse im Weg, so wird sie einseitig d. i. lediglich durch den klägerischen Anwalt gepflogen.

Den Gegenstand seines Vortrags bilden die Klage und die Ungehorsamsbeschuldigung (accusatio contumaciae) als Motivirung und die daran zu knüpfenden Begehren, Antragstellung[14]).

In ersterer Hinsicht sind die Klagsbehauptungen in thatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (fundamentum act. proxim. und remot.) nach Inhalt der Klageschrift und allenfalls weiter zugestellter Anwaltsacte (Ziffer II, 4) mündlich, aber kurz vorzutragen und die Nachweise für die richtige Zustellung beider und die vorschriftsmäßige Aufforderung ꝛc. des Beklagten vorzulegen.

In letzterer Richtung ist ausdrücklicher Antrag[15]) dahin zu stellen, das Gericht wolle die zur Begründung des Klaganspruchs in der Klagschrift und den etwa weiter zugestellten Schriften geltend gemachten Thatsachen als zugestanden betrachten (Proceßbitte) und hienach dem Klaggesuche dahin stattgeben ꝛc. (Sachbitte in den Haupt- und Nebenpuncten). Läge ein Fall des Artikel 324 Absatz 2 der Pr. O. vor, so wäre die Proceßbitte dahin zu richten, es wolle der Kläger zum Beweise mit z. B. Zeugen darüber zugelassen werden ꝛc. Beweisangebot[16]). Das Gesuch ist, auf die Hauptsache und Nebenpuncte beschränkt, zugleich schriftlich zu übergeben (Antragshinterlegung)[17]). Eine Motivirung soll der übergebene schriftliche Antrag nicht enthalten. Motivirte schriftliche Anträge haben nur den Zweck, den Gegner zu informiren. Ein solcher ist hier nicht erschienen. Das Gedächtniß des Gerichts wird durch die Uebergabe der Klageschrift unterstützt. Art. 269 Absatz 3 Pr. O.[18]).

12) Artikel 299 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 99.
13) Vgl. §. 306.
14) Versäumungsurtheile werden nicht von Amtswegen erlassen. Abg. Prot. II, 451.
15) Artikel 215 Absatz 2 mit Artikel 297 Absatz 1 Pr. O.
16) Worauf der Kläger nöthigenfalls vom Vorsitzenden aufmerksam zu machen ist. Artikel 328 Absatz 4 Pr. O.
17) Artikel 250 Absatz 3 Pr. O.
18) Abg. Prot. IV, 71—72; R. Ref. II, 110.

## §. 375.

Bezüglich der Entscheidung gelten die allgemeinen Grundsätze vom Urtheil und der Urtheilsfällung.

Das zu erlassende Urtheil ist in der Regel ein Endurtheil, kann aber auch ein bloses Interlocut sein. Artikel 324 Absatz 2 Pr. O. Vgl. hann. Prot. 1704—1708, 1721—1724.

Das Endurtheil wird in der Regel den Beklagten verurtheilen. Versäumungsurtheil. Unter Umständen kann es aber auch auf Abweisung des Klägers lauten. Contradictorisches Urtheil für den Kläger.

I. Ist die Klage nach den gesetzlichen Vorschriften erhoben (Artikel 224—226; §§. 278, 279, 373 Ziffer I) und die Erscheinungsfrist abgelaufen (Artikel 226, 209, 298, 299; §. 373 Ziffer II und III [1]), so soll das Gericht auf Antrag des klägerischen Anwalts (§. 374 Ziffer III) die zur Begründung der Competenz, des Klaganspruchs, der Activ- und Passivlegitimation in der Klageschrift und den etwa weiter zugestellten Schriftsätzen (Artikel 299; §. 374 Ziffer II, 2) geltend gemachten Thatsachen ohne Beweis dafür zu verlangen [2]), den Fall des Artikel 324 Absatz 2 der Pr. O. ausgenommen, als zugestanden betrachten und dem daselbst gestellten Gesuche entsprechen [3]).

Die Entscheidung im Kostenpunct hat sich nach den allgemeinen Bestimmungen zu richten d. h. es ist der in der Hauptsache gänzlich unterliegende Beklagte auch in alle Proceßkosten zu verfällen [4]).

Die Principien, auf welchen das Versäumungsurtheil ruht, sind einerseits der Ausschluß der versäumten Handlung (Artikel 215), andererseits das Präjudiz der affirmativen Litiscontestation (Artikel 297 Pr. O.). Die Fiction bejahender Klagsbeantwortung gilt, den Fall des Artikel 324 Absatz 2 ausgenommen, unbedingt. Das Gericht darf auch dann keinen Beweis verlangen, wenn ihm selbst die bezüglichen Thatsachen zweifelhaft scheinen und kein Beweis oder nur ein solcher angeboten ist, auf den außerdem zu interloquiren wäre. Insofern ist allerdings das fingirte Zugeständniß nur ein vorläufiges, als es im Falle Einspruchs wieder aufgehoben wird. Wird Einspruch nicht erhoben, so nimmt dasselbe einen absoluten Charakter an [5]).

Bezüglich der Uebergabe der Sachverhaltsdarstellung vgl. §. 358. Der klägerische Anwalt übergibt sie am besten gleich in der Sitzung. Da sie

---

1) Ist in der den Beklagten zur Anwaltsbestellung auffordernden Zustellungsurkunde die Erscheinungsfrist unrichtig berechnet oder entgegen der Vorschrift (§. 279) nicht auf die Zahl der Tage berechnet, so kann im letzteren und in dem Falle, wenn die Frist zu kurz berechnet war, Versäumungsurtheil erst nach Zustellung einer neuen richtigen Aufforderung und Ablauf der Erscheinungsfrist von der zweiten Aufforderung gerechnet, — wenn die Erscheinungsfrist dem Beklagten zu lang berechnet war, erst nach Ablauf dieser längeren Frist Versäumungsurtheil erwirkt werden. Nur wenn der Beklagte trotz solcher Mängel der Ladungsurkunde einen Anwalt bestellt, sind dieselben unerheblich.

2) Abg. Prot. II, 97—98. Bei manchen außerordentlichen Verfahrensarten bestehen freilich von dieser Regel Ausnahmen. Vgl. Artikel 599 Absatz 3, Artikel 891 Absatz 5, Art. 1273 Abs. 3. R. Prot. II, 98.

3) Artikel 297 Absatz 1 Pr. O.

4) Artikel 106 Pr. O.

5) Abg. Ref. II, 115; Abg. Prot. II, 97—99.

dem Gegner nicht zugestellt wird, kann auch von keinem Einspruch dagegen die Rede sein[6]).

II. Die Abweisung des Klägers ist nicht identisch mit der Klagsabweisung. Da der Kläger mehrere Anträge zu stellen hat, kann auch die abweisende Entscheidung, je nachdem sie sich auf den einen oder andern dieser Anträge bezieht, eine verschiedene sein, bald blose Zurückweisung des Ungehorsamsantrags, bald Klagsabweisung von hier, in der angebrachten Art oder Verwerfung des Klagsanspruchs.

1) Die Abweisung des klägerischen Antrags zur Zeit tritt ein, wenn die Erscheinungsfrist noch nicht abgelaufen ist[7]). Der Kläger kann später seinen Antrag wiederholen[8]). Hiebei können dem Kläger nur die Kosten aufgebürdet werden, welche von der verfrühten Anmeldung der Sache abwärts erwachsen sind. Bezüglich der übrigen bleibt die Entscheidung vorbehalten.

2) Klagsabweisung von hier ist auszusprechen, wenn, die bezüglichen Klagsasserte auch als wahr angenommen, das Gericht incompetent erscheint, gleichviel ob seine Zuständigkeit durch Prorogation hätte begründet werden können oder nicht, — ausgenommen den Fall der Werthsincompetenz dann, wenn aus der Klage weder der Mangel noch das Vorhandensein des die bezirksgerichtliche Zuständigkeit begründenden Werthes hervorgeht[9]).

3) Klagsabweisung in angebrachter Art hat zu erfolgen, wenn die Klage nicht nach den gesetzlichen Vorschriften erhoben[10]) m. a. W. wenn entweder die Klageschrift oder die Zustellung derselben an einem wesentlichen, die Nichtigkeit des Actes involvirenden Mangel leidet[11]), wohin z. B auch Mängel in Ansehung der Artikel 58 der Pr. O. u. ff. gehören. Da der Beklagte unvertreten ist, kann von stillschweigender Heilung der Nichtigkeit (Artikel 219 Absatz 2) keine Rede sein. Bei blosen Zustellungsmängeln im Sinne des Artikel 220 der Pr. O. kann statt Klagsabweisung die dort bezeichnete Abhilfe angeordnet werden.

4) Die definitive Verwerfung des Klagsanspruchs im Ganzen oder in einzelnen Theilen ist auszusprechen, wenn und soweit das Klagegesuch auch nach den als zugestanden zu betrachtenden Thatsachen der rechtlichen Begründung überhaupt oder für diesen Kläger, gegen diesen Beklagten entbehrt[12]).

Für den Kostenpunct gelten bei Klagsabweisung oder Verwerfung des Klagsanspruchs die allgemeinen Grundsätze[13]).

IV. Enthält die Klageschrift Ansprüche und Thatsachen, welche selbst nicht durch ein ausdrückliches, um so weniger also durch ein blos fingirtes

---

6) Artikel 308 Pr. O. R. Prot. II, 298—299.

7) Artikel 297 Absatz 2 Pr. O.

8) Abg. Prot. II, 267. Es wäre freilich sonderbar, wenn ein Anwalt auf einem solchen Urtheil bestünde, statt die richtige Zeit abzuwarten.

9) Artikel 39 Absatz 3, Artikel 189 und 265 Pr. O.

10) Artikel 297 Absatz 2 Pr. O.

11) Artikel 218, 224—226 Pr. O. Vgl. §§. 278, 279.

12) Artikel 297 Absatz 1 i. f. Pr. O. Artikel 264 Absatz 3 und 4.

13) R. Ref. II, 97.

Zugeständniß oder Anerkenntniß in volle rechtliche Gewißheit gesetzt werden können, wie bei Statusfragen, in Ehescheidungssachen, nach französischem Civilrecht im Gütertrennungsproceß der Ehegatten: so ergeht zwar Versäumungsurtheil, aber auf Zulassung des bezüglichen Beweises, soweit solcher angeboten ist [14]).

## II. Capitel.

## Nichterscheinen des Beklagten bei der Verhandlung [1]).

### §. 376.

I. Der möglichen Fälle einer Ungehorsamsverhandlung gegen den Beklagten wegen Nichterscheinens bei der Verhandlung sind zwei:

1) Das Nichterscheinen des bestellten beklagtischen Anwalts in der Sitzung zur Hinterlegung der Anträge,

2) das Nichterscheinen eines Anwalts des Beklagten in einer im abgekürzten Anwaltsproceß ohne vorausgegangene Hinterlegung der Anträge zur unmittelbaren Verhandlung anberaumten Sitzung.

Sind die Anträge vor der Sachverhandlung hinterlegt worden, so ist das Urtheil auch gegenüber der bei der Verhandlung nicht erschienenen Partei ein contradictorisches [2]). Dieser Fall ist im regulären Anwaltsproceß gegeben, wenn die beiderseitige Antragshinterlegung in einer früheren Tagfahrt geschah oder auch in derselben Tagfahrt vorgängig der sich sofort daran anschließende Sachverhandlung [3]). Er kann aber auch im abgekürzten Anwaltsproceß vorkommen, dann nämlich, wenn bei Einleitung dieses Verfahrens die Antragshinterlegung bereits stattgefunden hatte. Der Unterschied zwischen regulärem und abgekürztem Verfahren reducirt sich hier auf

14) Artikel 297 Absatz 1, Artikel 324 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 97—99 und §. 175. Es gibt allerdings Fälle, in welchen von der in Artikel 324 Absatz 2 gegebenen Vorschrift abgewichen wird. Diese sind im Gesetze speziell normirt. R. Ref. II, 97—98.

1) Quellen zu Artikel 300 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 114—116.
Abg. Prot. II, 99, 135, 147—148.
R. Ref. I, 18.
R. Prot. II, 96.
Quellen zu Artikel 301 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 42; vgl. II, 114—116.
Abg. Prot. II, 95—96, 97—99, 135—136, 148, 171, 451; IV, 83, 130.
R. Ref. I, 18, 49—50; II, 131, 132.
R. Prot. II, 96—98; IV, 41.
Quellen zu Artikel 362 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 42.
Abg. Prot. II, 136, 148; IV, 83, 130.
R. Ref. I, 18; II, 132.
R. Prot. II, 98; IV, 41.
Die Quellen zu Artikel 305, 307, 308 sieh' bei §. 372. Vgl. auch §. 304 Ziffer II, 2 und §. 309 Ziffer II.

2) Artikel 245 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §. 306.

3) Artikel 241 Absatz 7 Pr. O. Vgl. §. 305 Ziffer II, 1.

etwas rein factisches, indem die ursprünglich auf eine spätere Tagfahrt anberaumte Verhandlung in eine frühere Sitzung verlegt ist[4]).

Für die Widerklage kommen, wenn der Anwalt des Widerbeklagten (und Klägers) in der zur Hinterlegung oder nach Artikel 259 der Pr. O. unmittelbar zur Verhandlung bestimmten Sitzung nicht erschienen ist, die Vorschriften analog zur Anwendung, welche im gleichen Falle für das Ausbleiben des beklagtischen Anwalts gelten (Artikel 301 und 302 Pr. O.)[5]). Das heißt m. a. W. es ist der ungehorsame Widerbeklagte[6]) als der Widerklagsbehauptungen geständig nach dem Widerklagsgesuch zu verurtheilen rc. Vgl. §. 377. Da der als Widerbeklagter Ungehorsame dies in der Regel auch sein wird als Kläger, so ist unter gegebenen Voraussetzungen gegen denselben zugleich Abstandsurtheil in Ansehung der Klage zu erlassen. Vgl. §. 379. Nicht zutreffend wäre wohl die Annahme, im letzterwähnten Fall müsse auch die Widerklage hinfällig werden, weil der Klagsabstand alle Wirkungen der Klage als solcher beseitigt (Artikel 498), folglich auch jene der Ziffer 3 in Artikel 179 der Pr. O. Denn zwischen der Befugniß zur Erhebung und der wirklich erhobenen Widerklage ist ein Unterschied. Auch kann der Ungehorsam des Klägers nicht wohl zum Nachtheil des gehorsamen Widerklägers ausschlagen.

II. Anlangend den Proceßgang in diesen Ungehorsamsfällen, so beginnt die Procedur, da die beklagtische Versäumung im Nichterscheinen bei der Tagfahrt besteht, eben erst in dieser Tagfahrt selbst.

Zwar kann im regulären Anwaltsproceß der beklagtische Anwalt schon mit Zustellung seines motivirten Antrags säumig bleiben. Allein dies ist nur ein Ungehorsamsact in Bezug auf das unpräjudicirliche Vorverfahren (Artikel 251), nicht in Bezug auf Hinterlegung und Verhandlung. Der klägerische Anwalt kann die Sache bei Gericht anmelden, aber nur zur Hinterlegung der Anträge, wozu er den beklagtischen Anwalt noch laden muß.

Aehnlich im abgekürzten Verfahren. In der Unterlassung einer Signification der beklagtischen Anwaltsbestellung vor der Tagfahrt liegt noch kein vollendeter Ungehorsam. Erst mit der Nichtbestellung eines Anwalts bei der Verhandlung ist Versäumung gegeben.

Somit und da das Versäumungsverfahren erst in der Tagfahrt beginnt, aber auch hier seinen Abschluß durch Urtheil findet, drängt sich die Darstellung vom Ungehorsam des Beklagten aus dessen Nichterscheinen in der Sitzung zusammen in der Lehre von der Ungehorsamsverhandlung mit dem dazu ergehenden Urtheil.

Ueber den Aufruf bezw. die Reihenfolge des Aufrufs vgl. §§. 304, 309.

III. Der Zweck der Tagfahrt d. h. die einseitige Verhandlung kann trotz Ausbleibens des Beklagten vereitelt werden.

1) Gleichviel ob eine Hinterlegungs- oder Verhandlungstagfahrt in Frage steht, ist die Verhandlung, wenn dem Gericht Umstände bekannt sind, welche den bestellten beklagtischen Anwalt in die Unmöglichkeit zu erscheinen versetzt haben, auszusetzen und geeigneten

---

4) Vgl. §§. 307 und 308. Hat blos der Nebenintervenient die Hinterlegung der Anträge unterlassen, so wird die Sache hiedurch nicht contumacial; hat blos der Nebenintervenient Anträge hinterlegt, so wird hiedurch die Sache nicht contradictorisch. Barth a. a. O. Bd. II S. 133.

5) Artikel 304 Pr. O.

Falls die Wiedervorladung anzuordnen [6]), d. h. eine bestimmte spätere Sitzung zur Hinterlegung sofort anzuberaumen.

Gleiches hat zu geschehen, wenn in einem Falle des Artikel 259 dem Gericht Umstände bekannt sind, welche den Beklagten in die Unmöglichkeit versetzt haben, einen Anwalt zu bestellen [7]).

Die Vertagung der Sache und die neuerliche Vorladung des Beklagten kann endlich verfügt werden, wenn im Falle des Artikel 259 der Pr. O. die dem Beklagten zur Bestellung eines Anwalts vergönnt gewesene Frist dem Gerichte nicht ausreichend erscheint. Das Gericht bestimmt alsdann den Tag, bis zu welchem die neuerliche Vorladung des Beklagten zu geschehen hat [8]), d. h. das Gericht setzt nun an Stelle des Gerichts- oder Senatsvorstandes durch ein dem Beklagten zuzustellendes Urtheil neue Tagfahrt an und bestimmt in demselben zugleich, wieviel Zeit zwischen der neuerlichen Ladung des Beklagten und der letzterwähnten Tagfahrt liegen muß. Erscheinungsfrist. Ist diese Ladungsfrist nicht eingehalten worden, so kann auch auf der neu anberaumten Tagfahrt kein Versäumungsurtheil erwirkt werden. Ist die Festsetzung einer solchen Ladungsfrist im Urtheile übergangen worden, so findet Artikel 300 der Pr. O. unter gegebenen Voraussetzungen auch bei der neuen Tagfahrt Anwendung [9]).

2) Will der Kläger in der Tagfahrt eine dem Beklagten noch nicht mitgetheilte Aenderung seines Anspruchs im Gegenstand oder in der thatsächlichen Begründung oder durch Erweiterung desselben vornehmen, so muß er Vertagung der Sache begehren und in der Zwischenzeit dem Gegenanwalte durch einen Schriftsatz von der beabsichtigten Aenderung unter Mittheilung [10]) der betreffenden Urkunden Kenntniß geben [11]).

Da bereits beiderseits Anwälte bestellt sind, genügt es, wenn der beklagtische Anwalt den beabsichtigten Klagsnachtrag auch nur einen Tag, am letzten Tage vor der Sitzung zugestellt erhält, um ihn in die Lage zu versetzen, in der Sitzung zu erscheinen. Allerdings kann derselbe, wenn er sich nach den Umständen nicht mehr für den Zweck der Tagfahrt ausreichend vorbereiten konnte, Vertagung beantragen [12]).

Ueber den Begriff der Klagsänderung im Sinne des Artikel 302 der Pr. O. vgl. §. 374.

Selbstverständlich muß im Falle des Artikel 302 der nichter-

6) Artikel 305 Pr. O.
7) Artikel 305 Pr. O. Vgl. auch Abg. Prot. II, 136 und §. 307 Ziffer 4.
8) Artikel 300 Pr. O. Da in diesem Fall eine bestimmte Erscheinungsfrist nicht besteht (Artikel 259 Absatz 2 voce „unverzüglich"), so kann die Erscheinungsfrist dem Beklagten allerdings sehr verkürzt werden. Die Vorschrift des Artikel 300 soll diese Härten ausgleichen.
9) Abg. Prot. II, 99.
10) Die blose Anführung wie in gewöhnlichen Fällen genügt nicht.
11) Artikel 302 Pr. O.
12) Analog Artikel 245 Absatz 2 Pr. O. Abg. Prot. II, 136.

schienene Gegner zur neuen Tagfahrt unter Zustellung des Vertagungsurtheils vorgeladen werden.

III. Liegt keiner der Fälle einer Tagfahrtsvereitlung vor, so kömmt es zur einseitigen, lediglich vom klägerischen Anwalt zu pflegenden Verhandlung der Sache. Sein Vortrag hat sich auf die Antragstellung und deren Motivirung zu erstrecken. In Ansehung der Form gelten die allgemeinen Bestimmungen. Der Vortrag hat im Einzelnen zu umfassen:

1) Die Begründung des Klaganspruchs nach Inhalt der Klageschrift, des motivirten klägerischen Antrags und eines etwanigen Klagnachtrags [13]), — sowie den Nachweis der Zustellung der Klageschrift' der rechtzeitigen Zustellung des Klagnachtrags und, wo er überhaupt erforderlich war, der rechtzeitigen Zustellung jenes motivirten Antrags. Diese Zustellungsnachweise sind vorzulegen.

Die Zustellung eines motivirten klägerischen Antrags ist nur im regulären Verfahren, hier aber ohne Rücksicht darauf, ob auch der beklagtische Anwalt ein Gleiches gethan hat oder nicht, geboten [14]). Die Rechtzeitigkeit der Zustellung kann also nur auf einer Hinterlegungstagfahrt in Frage kommen. Sie muß mindestens drei Tage vor derselben bewirkt worden sein [15]). Im abgekürzten Anwaltsproceß brauchen motivirte Anträge nicht zugestellt zu werden. Ist es von klägerischer Seite dennoch geschehen und will derselbe zur Begründung des Klaganspruchs mitbenutzt werden, so finden, wenn darin Aenderungen gegenüber der Klageschrift enthalten sind, die Bestimmungen des Artikel 302 der Pr. O. Anwendung.

2) Den Nachweis der rechtzeitigen Ladung des Gegners zur Sitzung [16]).

Handelt es sich um einen Ungehorsamsfall in der Hinterlegungstagfahrt, so hat der klägerische Anwalt die urkundlichen Belege sowohl über die erfolgte beklagtische Anwaltsconstituirung als die rechtzeitige Ladung des bestellten Anwalts vorzulegen, Ersteres insbesondere deshalb, weil es darauf ankömmt, daß gerade der bestellte und kein anderer Anwalt geladen wurde. Hat der Kläger (durch Anmeldung) [17]) die Hinterlegungstagfahrt betrieben, so sind die Belege darüber vorzulegen, daß der beklagtische Anwalt von ihm spätestens drei Tage nach Anheftung der Wochentabelle zur Sitzung geladen wurde [18]). Hat der beklagtische Anwalt selbst angemeldet, so genügt, wenn der Anwalt des Klägers die ihm vom Gegner nach Artikel 239 zugestellte Ladungsurkunde vorlegt, da jede Partei, welche eine andere vorladet, hiemit als selbst vorgeladen gilt [19]). Geschah die Anberaumung der Hinterlegungstagfahrt mittels Vertagungsurtheils, so ist in Ansehung der Nothwendigkeit der

---

13) Artikel 301 Absatz 1 und Artikel 302 Pr. O.
14) Abg. Prot. II, 97.
15) Artikel 231 Pr. O. Arg. Artikel 242.
16) Artikel 301 Absatz 1 Pr. O. Vgl. §. 304, 305 Ziffer II, 2, Litt. b, §. 303 Ziffer II, §. 308.
17) Artikel 234, 237 Pr. O.
18) Artikel 239 Pr. O.
19) Artikel 210 Absatz 2 Pr. O. Abg. Prot. II, 135. Daß dieser Grundsatz auch für Ladungen und Ladungsfristen gilt, hat der Abg. Ausschuß einstimmig erklärt. Abg. Prot. IV, 87.

Ladung und ihres Nachweises Artikel 252 maßgebend. Vgl. §. 303 [21]).

Handelt es sich um einen Ungehorsamsfall auf Ladung unmittelbar zur Sachverhandlung (Artikel 259), so hat, wenn der Beklagte den Kläger auf kurze Frist laden ließ, der klägerische Anwalt nur die ihm zugestellte Ladungsurkunde vorzulegen [21]). Hat der Kläger Ladung à bref délai erwirkt und ist die Verhandlung durch Verfügung des Gerichts- oder Senatsvorstandes anberaumt: so hat der klägerische Anwalt, je nachdem die Einleitung des abgekürzten Verfahrens vor oder nach Bestellung eines beklagtischen Anwalts geschah, letzterenfalls die Urkunde über die Ladung dieses Anwalts, ersteren Falls die Urkunde über die Klagszustellung mit Aufforderung ꝛc. an den Beklagten selbst vorzulegen [22]); hieraus wird sich ergeben, ob der Vorschrift des Artikel 259 Absatz 2 voce „unverzüglich" entsprochen ist oder ob Artikel 300, 302, 305 Anwendung zu finden haben. Wurde in Vertagungsfällen [23]) die (neue) Tagfahrt durch Urtheil angesetzt, so ist, wenn bereits beiderseits Anwälte bestellt waren, Artikel 252 maßgebend [24]); war aber ein beklagtischer Anwalt noch nicht aufgestellt, so muß der klägerische Anwalt urkundlich belegen, daß dem Beklagten selbst das Vertagungsurtheil mit der in Artikel 259 Absatz 3 i. f. bezeichneten Aufforderung [25]) rechtzeitig [26]) zugestellt wurde [27]).

3) Die Ungehorsamsbeschuldigung, accusatio contumaciae, bestehend in der Berufung darauf, daß in der Zeit vom Aufruf bis zum Schluß der Verhandlung ein Anwalt für den Beklagten trotz richtiger und rechtzeitiger Ladung ꝛc. nicht erschienen ist [28]).

4) Zu der unter Ziffer 1—3 erläuterten Motivirung muß endlich der Antrag des klägerischen Anwalts auf Verwirklichung der Ungehorsamsfolgen (Proceßbitte) [29]) und Verurtheilung des Beklagten nach Inhalt des Klaggesuches in den Haupt- und Nebenpuncten (Sachbitte) kommen [30]).

Ist der beklagtische Anwalt zwar nach Stellung des klägerischen Ungehorsamsantrags, aber noch vor vollendeter Verkündung des begehrten Versäumungsurtheils erschienen, so kann er das letztere hindern und sofort contradictorische Verhandlung begehren. Nach pfälzischer Uebung wird sogar nach Schluß der Urtheilsverkündung,

20) Vgl. auch Abg. Prot. II, 95.
21) Artikel 210 Absatz 2 Pr. O.
22) Artikel 301 Absatz 1 und Artikel 259 Pr. O.
23) Vgl. §. 308 und Artikel 259 Absatz 4, Artikel 300, 302, 305 Pr. O.
24) Vgl. §. 309 i. f.
25) Abg. Prot. II, 99.
26) Vgl. Artikel 300 i. f.
27) Die Worte „wo solche erforderlich sind" wurden statt des früheren Allegats der Artikel 239, 252 und 259 gesetzt. Vgl. R. Prot. II, 96—97, 98.
28) Artikel 301 Absatz 1 und Artikel 207 Pr. O.
29) Vgl. Artikel 215, 241 Absatz 2 und Artikel 301 Absatz 1 Pr. O. Liegt ein Fall des Artikel 324 Absatz 2 der Pr. O. vor, so tritt an Stelle dieser Bitte das Beweisangebot mit dem Gesuch um Beweiszulassung ꝛc.
30) Artikel 301 Absatz 1 Pr. O.

wenn dies beide Anwälte begehren, unter sofortiger Zurücknahme des eben verkündeten Urtheils in die contradictorische Verhandlung eingetreten [31]).

## §. 377.

In Ansehung des Urtheils gelten die in §. 375 dargestellten Grundsätze mit wenigen Modificationen, wie der beinah vollständige Gleichlaut der Artikel 297 und 301 der Pr. O. entnehmen läßt. Abweichungen ergeben sich hauptsächlich daraus, daß hier die Aufforderung zum Erscheinen in der Sitzung nothwendig ist [1]) und daß, wenn ein Anwalt für den Beklagten bestellt war, etwanige Mängel der Klagszustellung nicht mehr in Betracht kommen.

I. Das definitive Versäumungsurtheil gegen den Beklagten.

Ist in der unmittelbar zur Verhandlung bestimmten Sitzung für den Beklagten kein Anwalt erschienen oder in der zur Hinterlegung der Anträge bestimmten Sitzung der bestellte Anwalt des Beklagten ausgeblieben und hat beim Vorhandensein aller in §. 376 Ziffer III, 1 und 2 bezeichneten Voraussetzungen der klägerische Anwalt die Erlassung eines Versäumungsurtheils beantragt (§. 376 Ziffer III, 3 und 4): so hat das Gericht, sofern nicht der Ausnahmsfall des Artikel 324 Absatz 2 der Pr. O. gegeben ist, die zur Begründung des Klagsanspruchs in der Klageschrift und den weiter dem Beklagten zugestellten Schriftsätzen (motiv. Antrag, Klagsnachtrag) geltend gemachten Thatsachen als zugestanden zu betrachten und dem daselbst gestellten Gesuche, soweit es nach jenen Thatsachen rechtlich begründet ist, zu entsprechen.

Dies hat selbst dann zu geschehen, wenn für den Beklagten dem klägerischen Anwalt ein motivirter Antrag zugestellt ist [2]) und darin die klägerischen Behauptungen widersprochen sind [3]). Da dieser Antrag nämlich blos vorbereitender Natur und für die Verhandlung ohne entscheidenden Einfluß ist, wenn er nicht hier reproducirt wird [4]), ist derselbe nicht geeignet, die strenge Durchführung des Princips affirmativer Litiscontestation zu hindern. Anders freilich nach französischem Recht, wo der Richter nach der Sachlage und den Umständen zu entscheiden hat. Allerdings wird in dem Falle, wenn der Beklagte einen Anwalt nicht bestellt oder der bestellte Anwalt gar nicht gehandelt hat, auch von der französischen Praxis thatsächlich das System affirmativer Litiscontestation durchgeführt. Hat aber der bestellte Anwalt des Beklagten einen motivirten Antrag mitgetheilt und darin die Klagsbehauptungen bestritten, so muß das Gericht dies berücksichtigen und u. U. vom Kläger Beweis verlangen.

II. Abweisung des Klägers.

Wie in den in §. 375 bezeichneten Fällen, so ist auch hier und zwar:

---

31) Abg. Prot. IV, 97.

1) Abg. Prot. II, 135.

2) Was der Fall sein kann, wenn der beklagtische Anwalt in der Hinterlegungstagfahrt nicht erschienen, oder wenn der abgekürzte Anwaltsproceß erst im Verlaufe einer normalen Procedur eingeleitet worden ist.

3) Artikel 301 Absatz 1 Pr. O.

4) Abg. Prot. II, 136.

1) der klägerische Ungehorsamsantrag abzuweisen, wenn die Voraussetzungen einer Versäumung nicht gegeben sind [5]).
2) Die Klage ist nach den in §. 375 erläuterten Grundsätzen bei Incompetenz des angegangenen Gerichts von hier abzuweisen.

Dabei ergibt sich allerdings die Frage, ob in Fällen, in welchen Prorogation zulässig ist, diese nicht wenigstens dann als eingetreten zu betrachten sei, wenn der Beklagte einen motivirten Antrag hat zustellen lassen, in welchem die Einrede der Unzuständigkeit nicht geltend gemacht ist. Man kann zur Verneinung der Frage sich darauf berufen, daß Artikel 39 Absatz 3 der Pr. O. eine absolute Fassung hat, sowie daß der blos vorbereitende Schriftsatz des Beklagten, weil nicht in der Sitzung reproducirt, überhaupt nicht in Betracht kommt. Entgegen läßt sich aber sagen, daß der Ort, Proceßeinreden geltend zu machen, im Vorverfahren ist, wo ein solches stattfindet und daß, wenn für den Beklagten das nur in seinem Schriftsatz geltend gemachte nicht in Betracht kömmt, dies doch den Gegner nicht verhindern kann, für sich zu benützen, was aus den ihm einmal zugestellten Schriftsätzen zu seinen Gunsten zu folgern ist. Ich halte (mit Wernz S. 313) diese Gründe für überwiegend.

3) Von der Abweisung der Klage in der Art, wie sie angebracht wurde, gilt das in §. 375 Bemerkte [6]); desgleichen
4) von der definitiven Verwerfung des Klagsanspruchs im Ganzen oder zum Theil [7]).

III. Ein Beweisinterlocut ist im Falle des Artikel 324 Absatz 2 der Pr. O. zu erlassen [8]). Daß dieses für den Beklagten ein Versäumungsurtheil ist, versteht sich von selbst.

Bezüglich der Entscheidung im Kostenpunct gelten durchweg die allgemeinen Bestimmungen [9]).

## III. Capitel.

## Nichterscheinen des Klägers bei der Verhandlung [1]).

### §. 378.

I. Der Fälle des klägerischen Ungehorsams durch Nichterscheinen des Anwalts bei der Verhandlung sind zwei:

---

5) Artikel 301 Absatz 2 Pr. O.
6) Artikel 301 Absatz 2 Pr. O.
7) Artikel 301 Absatz 1 i. f. Pr. O.
8) Artikel 301 Absatz 1 Pr. O.
9) R. Ref. I, 49—50; R. Prot. II, 97.
1) Quellen zu Artikel 303 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 114—116; III, 42—43.
Abg. Prot. II, 95, 96—97, 136, 148, 451; IV, 83—86, 130.
R. Ref. I, 18, 50—52; IV, 132—134.
R. Prot. II, 99—103; IV, 41.
Quellen zu Artikel 305, 307, 308 sieh' bei §. 372. Vgl. §. 304 Ziffer II, 2; §. 309 Ziffer II.

1) das Nichterscheinen des klägerischen Anwalts bei der Hinterlegungstagfahrt,
2) das Nichterscheinen dieses Anwalts in der nach Artikel 259 ohne vorhergegangene Antragshinterlegung unmittelbar zur Verhandlung anberaumten Sitzung.

Ist der Sachverhandlung die Hinterlegung der Anträge vorhergegangen, gleichviel ob in derselben oder einer eigenen Tagfahrt, im regulären oder abgekürzten Anwaltsproceß, so ist Verhandlung und Urtheil auch beim Nichterscheinen des klägerischen Anwalts contradictorisch [2]).

Uebrigens kommen für die Widerklage, wenn der Anwalt des Widerklägers in der zur Hinterlegung der motivirten Anträge oder unmittelbar zur Verhandlung bestimmten Sitzung nicht erschienen ist, die Vorschriften analog zur Anwendung, welche im gleichen Fall für das Ausbleiben des klägerischen Anwalts gelten (Artikel 303) [3]) d. h. es ist der ungehorsame Widerkläger als von der Widerklage abstehend zu betrachten und in die durch dieselbe verursachten besonderen Kosten zu verfällen. Vgl. §. 379. Da in der Regel der ungehorsame Widerkläger dies auch sein wird als Beklagter, so ergeht zugleich in letzterer Richtung gegen ihn Versäumungsurtheil. Vgl. §. 377.

II. Das Ungehorsamsverfahren beginnt auch hier erst in der Tagfahrt mit dem Aufruf der Sache. Ueber die Reihenfolge des Aufrufs §§. 304, 309.

III. Die Ungehorsamsverhandlung kann, gleichviel ob eine Tagfahrt zur Hinterlegung oder unmittelbaren Verhandlung ansteht, trotz Nichterscheinens des richtig geladenen klägerischen Anwalts vereitelt werden, wenn dem Gericht Umstände bekannt sind, welche den klägerischen Anwalt in die Unmöglichkeit versetzt haben, zu erscheinen. Unter solchen Umständen ist die Verhandlung auszusetzen und geeigneten Falls d. h. wenn der Beklagte ein Interesse daran hat und sie verlangt die Wiedervorladung der Klagspartei anzuordnen [4]), welche nun selbstverständlich dem Beklagten obliegt.

IV. Ist der in Ziffer III beregte Fall nicht gegeben, so hat der beklagtische Anwalt seinen Antrag zu stellen und zu begründen.

In Ansehung der Form des Vortrags ꝛc. gelten die allgemeinen Vorschriften.

Inhaltlich beschränkt sich die Motivirung, da der zu stellende Antrag keine Entscheidung au fond bezielen kann:

1) Auf den Nachweis der giltigen und rechtzeitigen Ladung des klägerischen Anwalts [5]).

Hat der Letztere selbst die Sache nach Artikel 234 oder 237 angemeldet und in Gemäßheit des Artikel 239 den beklagtischen Anwalt zur Hinterlegungstagfahrt vorgeladen, so hat der beklagtische Anwalt nur seine eigene Ladung vorzulegen, um jene des Gegners zu beweisen [6]). Hätte in diesem Fall der klägerische An=

2) Artikel 245 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §. 376 Ziffer I und §. 306.
3) Artikel 304 Pr. O.
4) Artikel 305 Pr. O.
5) Vgl. §. 376.
6) Artikel 210 Absatz 2 Pr. O. Abg. Prot. II, 96.

walt die Vorladungsfrist des Artikel 239 nicht eingehalten, so könnte wohl er beim Nichterscheinen des beklagtischen Anwalts kein Versäumungsurtheil beantragen; dagegen könnte dies allerdings der erschienene beklagtische Anwalt gegen die ausgebliebene Klagspartei. Denn diese hat die Verkürzung der Ladungsfrist selbst verschuldet. Hätte aber der klägerische Anwalt die Ladung des Beklagten nach Artikel 239 ganz unterlassen, so könnte der letztere, wenn auch (freiwillig, unvorgeladen) an der Hinterlegungstagfahrt durch seinen Anwalt erschienen, ein Versäumungsurtheil nicht begehren, es sei denn, er habe seinerseits vorsichtshalber den klägerischen Anwalt laden lassen. Außerdem ist die Sache nach Antrag des beklagtischen Anwalts zu vertagen, in Ermanglung solchen Antrags vom Hauptverzeichniß zu streichen.

Hat der beklagtische Anwalt die Sache angemeldet und den Anwalt des Klägers nach Artikel 239 zur Hinterlegung geladen, so gilt vice versa Alles dasjenige, was im vorerwähnten Falle bemerkt worden ist.

Wurde die Hinterlegungstagfahrt durch Urtheil anberaumt, so ist in Ansehung der Nothwendigkeit der Ladung und ihres Nachweises Artikel 252 maßgebend.

Ist im Falle des Artikel 259 die Tagfahrt unmittelbar zur Verhandlung durch Urtheil anberaumt worden (Artikel 259 Absatz 4), so ist gleichfalls Artikel 252 maßgebend. Wurde die Tagfahrt durch Verfügung des Gerichts- oder Senatsvorstandes anberaumt, so mußte, wenn der beklagtische Anwalt die Tagfahrt erwirkt hat, dieser den klägerischen Anwalt laden lassen. Hat der Letztere die Ordonnanz erwirkt, so mußte derselbe den beklagtischen Anwalt und, wenn ein solcher noch nicht bestellt war, den Beklagten selbst vorladen lassen, womit dann der Anwalt des Klägers als geladen galt[7]). Nach beiden Richtungen hat folgerecht der das Ungehorsamsurtheil verlangende Anwalt des Beklagten den entsprechenden Nachweis vorzulegen.

2) Auf die Geltendmachung des Nichterscheinens des klägerischen Anwalts in der Zeit vom Sachaufruf bis zum Ablauf der Tagfahrtszeit 2c., accusatio contumaciae. Erscheint der klägerische Anwalt noch vor beendigter Verkündung des Versäumungsurtheils, so ist in die contradictorische Verhandlung einzutreten[8]).

Der Antrag des beklagtischen Anwalts kann nur dahin gerichtet sein, daß die Klage für nicht angebracht erklärt und die Verurtheilung des Klägers in die Kosten ohne weitere Prüfung der Sache ausgesprochen werde[9]).

---

7) Artikel 210 Absatz 2 Pr. O.
8) Artikel 207, 215 Absatz 2, Artikel 303 Absatz 1 Pr. O. Abg. Prot. I, 269—270; IV, 97; R. Prot. II, 96—97, 98.
9) Artikel 215 Absatz 1 und 2, Artikel 303 Absatz 1 Pr. O.

## §. 379.

I. Bei der Urtheilsfällung hat das Gericht lediglich zu untersuchen, ob die in §. 378 bezeichneten Voraussetzungen gegeben m. a. W. ob eine besondere Ladung des klägerischen Anwalts nothwendig und in diesem Fall, ob sie richtig erfolgt ist.

Fehlt eine der gesetzlichen Voraussetzungen zum Eintritt der Ungehorsamsfolgen, so ist der beklagtische Antrag zur Zeit abzuweisen.

Andernfalls ist die Klage ohne weitere Prüfung der Sache (materialia causae) [1]) unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten für nicht angebracht zu erklären [2]). Klagsabweisung in angebrachter Art.

Das Gericht darf auch den Competenzpunct nicht untersuchen. Denn die Vorschrift des Artikel 303 ist gegenüber Artikel 265 der Pr. O. lex specialis [3]).

Das Gesetz geht von der Vermuthung aus, das Nichterscheinen des Klägers documentire einen stillschweigenden Klagsabstand ohne Aufgeben des Rechts. Artikel 496 Pr. O. Ueber den Grund der Sache kann nach dieser Vermuthung niemals erkannt werden, obwohl der Beklagte hieran in nicht seltenen Fällen z. B. bei beabsichtigter Auswanderung, bei drohendem Verluste von Beweismitteln, bei beabsichtigter Veräußerung seines durch den Proceß in Frage gestellten Eigenthums ein Interesse haben kann. Er kann sein Ziel nur durch eine nachträgliche Provocationsklage (Hauptstück XX der Pr. O.) erreichen.

In Frankreich ist die Frage bestritten, ob eine Prüfung des Grundes der Sache stattfinden dürfe oder nicht. In den bayr. Gesetzgebungsausschüssen fanden darüber lebhafte Discussionen statt [4]).

II. Das Urtheil, welches die Klage für nicht angebracht erklärt, äußert dieselben Wirkungen, wie der Abstand des Klägers vom Proceß. Demgemäß ist

1) die Sache nun so gestellt, als ob die Klage in der Wirklichkeit gar nicht erhoben worden wäre. Es fallen die an die Klagszustellung geknüpften Folgen, sowohl die processualen wie die civilrechtlichen Wirkungen der Klagserhebung (Artikel 179 Pr. O.) hinweg, letztere allerdings nur insofern, als zu deren Eintritt eine förmliche Klage erforderlich war. Der Kläger kann sich in diesem Fall auf die abgewiesene Klage in keiner Weise mehr berufen. Wo freilich nach dem betreffenden Civilrecht schon der Inhalt der Klage allein Wirkungen äußert, wo z. B. zur Unterbrechung der Verjährung eine außergerichtliche Mahnung hinreicht, liegt solche natürlich auch in der abgewiesenen Klage und bleibt bestehen [5]).

2) Die Klagsabweisung hindert den Kläger nicht, über denselben Gegenstand eine neue Klage gegen den früheren Beklagten zu erheben.

---

1) Darum braucht auch vom Beklagten kein motivirter Antrag zugestellt zu sein.
2) Artikel 303 Absatz 1 Pr. O.
3) Abg. Prot. II, 97. Vgl. hannöv. Prot. 1694—1695.
4) Vgl. R. Ref. I, 51—52; II, 132—134; R. Prot. II, 99—103; Abg. Ref. III, 42—43; Abg. Prot. IV, 83—87.
5) Abg. Prot. II, 97.

Aber diese neuerliche Klagserhebung kann erst stattfinden, wenn der Kläger dem Beklagten die Kosten des bisherigen Processes ersetzt hat.

Ebenso kann der Kläger, ehe letzteres geschehen ist, den ihm gegen das klagsabweisende Versäumungsurtheil an sich zustehenden Einspruch nicht erheben [6]). Gerade an diesem Einspruch und der dadurch bezielten Fortsetzung der bisherigen Verhandlung hat der Kläger ein besonderes Interesse, weil, wenn er ihn siegreich durchführt, seiner Klage alle an deren Zustellung geknüpften rechtlichen Wirkungen erhalten bleiben.

Wird Einspruch oder neue Klage vor geleistetem Kostenersatz erhoben, so kann sich hiegegen der Beklagte mit einer proceßhindernden Einrede schützen [7]). Natürlich muß diese Einrede ausdrücklich geltend gemacht und darf nicht von Amtswegen ersetzt werden [8]). Ist der Kostenersatz wenigstens zur Zeit der Verhandlung des Einspruchs oder der neuen Klage bewirkt, so verliert die Einrede ihren Werth und kann keine Abweisung mehr erfolgen.

Sucht der Beklagte den Kläger an Erhebung bezw. Verhandlung des Einspruchs oder der neuen Klage dadurch zu hemmen, daß er seine Kosten nicht festsetzen läßt, so ist Artikel 116 der Pr. O. maßgebend [9]).

---

6) Artikel 303 Absatz 2 Pr. O.
7) Artikel 185 Pr. O.
8) Hannöver. Prot. 1703—1704, 2653—2654, 2657—2658.
9) Vgl. §. 159.

## II. Abschnitt.

# Incidentrestitution und Einspruch.

## I. Hauptstück.

# Incidentrestitution [1]).

## I. Capitel.

## Materielle Bestimmungen.

### §. 380.

Das Gesetz gibt den Parteien verschiedene Mittel, um die nachtheiligen Folgen processualer Handlungen oder Unterlassungen abzuwenden [2]).

Gegen die Folgen gerichtlicher Handlungen oder Unterlassungen schützen die Beschwerden wegen Justizverweigerung oder Verzögerung (§. 8), Läuterationsgesuche (§§. 363 und 364), die sg. Rechtsmittel, welche bald unmittelbar zulässig sind (gegen Endurtheile), bald mittelbar (gegen Handlungen der Proceßleitung).

Gegen nachtheilige Handlungen der Gegenpartei bildet die gewöhnliche Vertheidigung den Schutz der Partei.

Wider ihre eigene Thätigkeit, wenn sie ihr nachtheilig ist, hat die Partei kein Hilfsmittel (vgl. Artikel 218 ff.), den Fall eines nachgewiesenen factischen Irrthums ausgenommen.

Wohl aber steht derselben gegen ihre eigenen nachtheiligen Unterlassungen eine gewisse Rechtshilfe zu Gebot und zwar:

I. Gegen die Versäumung der Verhandlung der sg. Einspruch.

---

1) Quellen zu Artikel 216 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 88—89; III, 31.
Abg. Prot. I, 275—276, 295, 323; IV, 41, 66.
R. Ref. LXXIV; II, 101.
R. Prot. I, 348; IV, 31.
Quellen zu Artikel 217 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 89; III, 31.
Abg. Prot. I, 276, 295—296, 323; IV, 41, 67.
R. Ref. LXXIV; II, 101.
R. Prot. I, 348; IV, 31.
Vgl. hannöv. Prot. 1596—1607.

2) Vgl. Abg. Ref. II, 89 Abg. Prot. II, 275.

Der Einspruch hat zugleich die Natur einer Opposition gegen das auf die Versäumung erlassene Urtheil. Der Schluß der Verhandlung macht nämlich jede weitere Thätigkeit der Partei in Bezug auf diese Verhandlung unmöglich, es sei denn, diese werde von Amtswegen wieder aufgenommen. Andernfalls hat sich das Urtheil unmittelbar d. h. ohne Einschiebung weiterer Proceßhandlungen an die Verhandlung anzuschließen. Insoferne ist der Einspruch Rechtsmittel im weiteren Sinn. Vgl. §§. 372—379.

Wohl zu unterscheiden vom Einspruch gegen die Versäumung der Verhandlung ist eine andere mitunter gleichfalls vom Gesetze als Einspruch bezeichnete Art der Opposition, welche bald nichts Anderes ist, als eine besondere Form für die nachträgliche Gewähr des parteilichen Gehörs (Artikel 114, 118, 174, 558—560, 634, 755 ff., 879, 996 u. s. w.), bald eine besondere Gattung von Beschwerde vom Gerichts- oder Senatsvorstand oder beauftragten Richter an das Collegium 2c. Diese Art Einspruch ist der deutschrechtlichen Remonstration verwandt, der eigentliche Einspruch gegen Versäumungsurtheile bietet ein Aequivalent für die erste monitorische Frist des deutschen Processes.

II. Gegen die Versäumung processualer Einzelhandlungen (§§. 369—371) besteht für die Partei eine Rechtshilfe in der sg. Restitution, Abhilfe wider die Strenge des Gesetzes aus Gründen der Billigkeit.

Man muß übrigens unterscheiden, ob die betreffende Versäumung bereits in einem Urtheil ihre definitive Verwerthung zum Nachtheile des Säumigen gefunden hat oder nicht und ob dieses Urtheil schon zur Rechtskraft erwachsen ist oder nicht.

1) Solange ein bezügliches Urtheil noch nicht erlassen wurde, ist die Sache beim selben Gericht anhängig und die Restitution zuläßig, wenn deren gewöhnliche Voraussetzungen gegeben sind.

Ist das Urtheil schon erlassen, aber noch nicht in Rechtskraft übergegangen, so ist allerdings der Proceß bei Gericht nicht mehr anhängig und kann, solange dieser Zustand dauert, von einer Restitution in Bezug auf die versäumte Einzelhandlung keine Rede sein. Allein sie kann wenigstens in Verbindung mit jenem Rechtsmittel erbeten werden, durch welches die Wiederanhängigkeit der Sache bei demselben oder einem höheren Gerichte (Einspruch, Berufung) bewirkt wird. Dieses Gericht ist zur Bescheidung des Restitutionsgesuchs mit berufen. Vgl. den besonderen Fall in Artikel 468, 472 Pr. O.[3]). Incidentrestitution. §§. 381 und 382.

2) Hat das erlassene Urtheil auch die Rechtskraft beschritten, so kann die Wiederanhängigkeit der Sache durch kein ordentliches Rechtsmittel mehr bewirkt werden, es sei denn die Versäumung habe gerade in der Unterlassung jener Handlung bestanden, durch welche wenn vorgenommen der Eintritt der Rechtskraft verhindert worden wäre. Versäumung der Einspruchs-, Berufungsfrist. In letzterem Fall ist das Gesuch um Incidentrestitution in Verbindung mit der nachträglichen Erhebung von Einspruch oder Berufung ganz nach den unter Ziffer 1 angedeuteten Gesichtspuncten noch statthaft[4]).

---

3) Vgl. §. 346.

4) Dies sagte der Reg.Entw. in Artikel 273 Absatz 1—4 ausdrücklich. Die bezüglichen Bestimmungen wurden aber als selbstverständlich gestrichen. Abg. Prot. II, 105.

Andernfalls gibt das Gesetz ein außerordentliches Rechtsmittel zum Zweck der Wiederaufnahme des geschlossenen Verfahrens, restitutio contra sententiam. Hiebei kann die versäumte Einzelhandlung nachgetragen werden. Hauptstück XXIX der Pr. O.[5]).

Freilich ist das Rechtsmittel der Restitution nur sehr beschränkt zugelassen. Denn Wiederaufnahme des Verfahrens ist nur in den seltensten Fällen, hauptsächlich bei Auffindung neuer Urkunden statthaft. Die Incidentrestitution ist zwar allgemein zuläßig, aber an die schwere Voraussetzung einer bewiesener Massen gänzlich unverschuldeten Versäumung geknüpft (§. 381). Man glaubte von dieser Beschränkung mit Rücksicht auf das in weiter Ausdehnung zugelassene Rechtsmittel des Einspruchs und die Unpräjudicirlichkeit des Vorverfahrens keine erheblichen Nachtheile besorgen zu müssen[6]). Immerhin möchte das Gesetz etwas zu weit gegangen sein. Denn, von dem seltenen Fall der Wiederaufnahme des Verfahrens (Hauptstück 29 der Pr. O.) abgesehen, ist die Partei auch bei gänzlich unverschuldeter Versäumung schutzlos, wenn eine Berufung gegen das bezügliche Versäumungsurtheil wegen mangelnder Berufungssumme unzulässig und zugleich nach besonderer Gesetzesvorschrift der Einspruch an sich, damit aber auch die Möglichkeit ausgeschlossen ist, das wohlbegründetste Incidentrestitutionsgesuch anzubringen, z. B. in den Fällen der Artikel 315, 551, 599 Absatz 3 der Pr. O. Nur der Artikel 468 der Pr. O. statuirt hievon eine ausdrückliche, aber auf den einzelnen Fall beschränkte Ausnahme. Vgl. auch Art. 565, 566 d. Pr. O.

## §. 381.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung von Tagfahrten und Fristen, gleichviel ob dies gesetzliche, richterliche oder vereinbarte sind[1]), ob sie verlängerbar oder an sich unerstreckbar waren, wie Nothfristen, Einspruchs-, Berufungsfristen[2]), — Incidentrestitution — darf von besonderen Bestimmungen des Gesetzes abgesehen dann, aber auch nur dann bewilligt werden:

I. Wenn daraus ein erheblicher Nachtheil für den Säumigen erwachsen ist, der auf anderem Wege nicht mehr beseitigt werden kann, z. B. durch Einspruch. Laesio.

Eine solche ist nicht blos gegeben, wenn die Tagfahrt oder Frist überhaupt versäumt wurde, sondern auch, wenn die vorgenommene Handlung durch eine dabei unterbliebene einzelne Erklärung, ein einzelnes Beweismittel nachträglich vervollständigt werden will.

II. Wenn ein gesetzlicher Restitutionsgrund vorhanden ist. Ein solcher wird aber nur dann als gegeben betrachtet:

1) Wenn der Säumige durch Abwesenheit, schwere Krankheit oder sonstige unabwendbare Verhinderung (nach richterlichem Ermessen) in die Lage gesetzt war, weder die versäumte Handlung rc. persönlich

5) Denkbar wäre auch eine Incidentrestitution bei der Wiederaufnahme des Verfahrens nach Cassirung des Urtheils. Freilich wird hier die Restitutionsfrist meistens abgelaufen sein.

6) Abg. Ref. II, 89, 116.

1) Abg. Prot. I, 295.

2) Abg. Prot. II, 105.

oder durch einen Gewalthaber vornehmen, noch die Verlegung der Tagfahrt oder Verlängerung der Frist, wo dies gesetzlich statthaft, persönlich oder durch einen Gewalthaber nachsuchen zu können[3]).

An sich ist weder minderjähriges Alter, noch die Eigenschaft einer juristischen Person als solcher (Quasiminorennität) ein Restitutionsgrund. Nur Ereignisse (Naturbegebenheiten, damnum fatale, höhere Gewalt, vis major), welche von dem Willen und der Macht des Säumigen unabhängig sind und in diesem Sinn für ihn ein äußeres Hinderniß des Erscheinens oder Handelns bilden, enthalten Restitutionsgründe[4]).

2) Der Restitutionsgrund ist gegeben, gleichviel ob das Hinderniß in der Person der Partei selbst (einschließlich ihres gesetzlichen Repräsentanten) oder in der Person des von ihr gewählten Vertreters eingetreten ist, sei dieser nun ein gewöhnlicher Bevollmächtigter (Parteiproceß) oder ein nothwendiger Stellvertreter, Anwalt (Anwaltsproceß) oder Gerichtsvollzieher (Anwalts- und Parteiproceß). Hiebei wird natürlich vorausgesetzt, daß es sich nicht um eine Handlung fragte, welche die Partei persönlich vornehmen mußte, z. B. eine Eidesleistung.

3) Es darf, wenn auch ein Hinderungsgrund der angegebenen Art vorliegt, den Säumigen an der Unterlassung der Handlung nicht mit eine Schuld treffen. Die Versäumung muß sich als die alleinige Folge einer von der Macht und dem Willen des Säumigen unabhängigen Ursache, als casus darstellen.

Ist eine Unterlassung der Partei selbst in Frage, so hat sie z. B. keinen Restitutionsgrund, wenn sie nach Empfang der Ladung zwar eine unaufschiebliche Reise antrat, aber nicht für ihre Vertretung sorgte, falls sie dies konnte.

Ist eine Unterlassung des Gewalthabers in Frage, so liegt für die Partei kein Restitutionsgrund vor, wenn dem Gewalthaber auch nur geringe Nachlässigkeit bei dem Nichtvornehmen oder Nichtvornehmenlassen der Handlung durch Andere (Substituirung, Veranlassung der eigenen Partei zum Handeln), bei der Unterlassung eines Vertagungs- oder Fristverlängerungsgesuches zur Last fällt. Der Partei bleibt in solchen Fällen nur ein Entschädigungsanspruch gegen den nachlässigen Vertreter, sei dies nun ein Anwalt, Gerichtsvollzieher oder gewöhnlicher Bevollmächtigter[5]). Allerdings aber gilt dies im Allgemeinen nicht von Versäumungen jener Parteivertreter, welche das Gesetz für die Empfangnahme von Zustellungen bezeichnet. Artikel 193 Ziffer 6 und 7, Artikel 194, 197, 198 Pr. O. Der Partei kann die verzögerte Behändigung der Zustellungspapiere in solchen Fällen nicht zur Schuld gerechnet werden. Ihre Nichtkenntniß von der Pflicht zum Handeln oder Erscheinen beruht im letzten Grunde nicht auf einem Ausfluß ihres eigenen Willens. Immerhin darf aber dies nicht auf Fälle ausgedehnt werden, in wel-

3) Artikel 216 Pr. O.
4) Vgl. Seuffert Pand. a. a. O. §. 101. Weiske's Rechtslexikon II, 573; X, 816.
5) Artikel 216 Pr. O. Abg. Prot. I, 275—276, 295.

chen eben die Nachläßigkeit der Partei die Voraussetzung ist, unter der ein gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter in Frage kömmt. Vgl. z. B. Artikel 851 Pr. O.

## II. Capitel.

## Verfahren.

### §. 382.

I. Das Gesuch um Wiedereinsetzung ist im Anwaltsprocesse durch Zustellung eines motivirten Antrags[1]) an die Gegenpartei unter genauer Angabe der Verhinderungsursache binnen einer unerstreckbaren[2]), jedoch gegebenen Falls nach Artikel 209 erweiterten[3]) Frist von fünfzehn Tagen, gerechnet von dem Tage, an welchem die Verhinderungsursache aufgehört hat, also die Fähigkeit zum Erscheinen oder Handeln wieder eingetreten, die betreffende Kenntniß erlangt worden ist, anzubringen. In derselben Frist ist die versäumte Handlung, soweit dies geschehen kann, z. B. die Einlegung der Berufung, wenn Restitution gegen Ablauf der Berufungsfrist verlangt wird, vorzunehmen oder, wo dies nicht angeht, der geeignete Antrag auf Bestimmung einer anderen Frist oder Tagfahrt zu stellen[4]).

Das Gesuch ist an dasjenige Gericht zu richten, bei welchem der Hauptproceß zur Zeit anhängig ist bezw. anhängig wird, also während des Laufs der Berufungsfrist oder nach deren Ablauf an das Berufungsgericht u. s. w.

II. Durch das Gesuch um Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Berufungsfrist wird die eingeleitete[5]) Vollstreckung des Urtheils solange nicht aufgehalten, als nicht vom Obergerichte die Einstellung verfügt wird[6]).

Hieraus folgt, daß in den übrigen Fällen dem Restitutionsgesuch Suspensiveffect zukömmt.

III. Das Gesuch ist auf dem gewöhnlichen Wege des Zwischenstreits (Artikel 483—485 der Pr. O.) zur mündlichen Verhandlung und Entscheidung zu bringen.

Wird hiebei die Thatsache der Verhinderung oder ihre Dauer widersprochen, so liegt dem Gesuchsteller in beiderlei Richtung der Beweis ob[7]), welcher durch blose Bescheinigung nicht ersetzt wird.

Wird zwar ein solcher Widerspruch nicht eingelegt, aber auch das Gesuch vom Gegner nicht bewilligt, so entscheidet das Gericht über den Werth der Hinderungsgründe.

---

1) Im Parteiprocesse durch Gerichtsvollzieheract.
2) Terminus techn. der Pr. O. Abg. Prot. I, 276.
3) Abg. Prot. I, 295—296; Abg. Ref. III, 31; R. Ref. II, 101. Eigenthümlich ist dieser Frist, daß sie nicht nothwendig von einer Zustellung abwärts läuft.
4) Artikel 217 Absatz 1 Pr. O.
5) Statt „erwirkte" nach früherer Fassung, da die Pr. O. eine Erwirkung der Vollstreckung nicht kennt. Abg. Prot. I, 276.
6) Artikel 217 Absatz 3 Pr. O.
7) Artikel 217 Absatz 2 Pr. O.

Mit der vom Gegner oder von dem Gerichte bewilligten Restitution sind die Folgen des Versäumnisses beseitigt.

Hinsichtlich der Entscheidung im Kostenpunct gelten die allgemeinen Grundsätze.

# II. Hauptstück.

# Einspruch. [1]

## I. Capitel.

## Voraussetzungen des Einspruchs [2]).

### §. 383.

Der Einspruch ist das Rechtsmittel, welches derjenigen Partei, gegen die ein Versäumungsurtheil erlassen wurde, zusteht, um die Zurücknahme dieses Urtheils und die neuerliche Verhandlung und Aburtheilung der Sache durch dasselbe Gericht zu veranlassen[3]). Demgemäß setzt der Einspruch

I. Eine hiezu berechtigte Partei als Einspruchkläger voraus. Berechtigt zum Einspruch ist aber:

1) Nur diejenige Partei, welche bei der Ungehorsamsverhandlung unvertreten war, gleichviel ob das Urtheil zu ihren Ungunsten lautet, was allerdings die Regel ist, oder nicht. Im letzteren Falle steht ihr ein Einspruchsrecht natürlich nur soweit zu, als sie an der Aenderung des Urtheils ein rechtliches Interesse hat, so z. B. wenn dieses Urtheil nur auf Klagsabweisung von hier, auf Zulassung zum Beweise lautet.

Dagegen ist diejenige Partei, welche bei der Versäumungsverhandlung vertreten war, auch dann nicht zum Einspruch befugt, wenn das Urtheil zu ihren Ungunsten oder nicht sogleich zu ihren

---

1) Ueber den Einspruch vgl. hannöv. Prot. 1152—1197, 1339—1342, 1334; über die Stellung der Lehre im System insbesondere 1196—1197.

2) Quellen zu Artikel 309 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 116—117; III, 43.
Abg. Prot. II, 96, 102—103, 137—138, 149; III, 129—130; IV, 87, 131.
R. Ref. I, 19; II, 134.
R. Prot. II, 105; IV, 41.
Quellen zu Artikel 310 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 117—118; III, 43.
Abg. Prot. II, 105, 138, 149; III, 20, 129—130; IV, 87, 131.
R. Ref. I, 19.
R. Prot. II, 105.
Quellen zu Artikel 315 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 117—118; III, 44.
Abg. Prot. II, 106, 138, 149; IV, 87, 88, 131.
R. Ref. I, 19; II, 135.
R. Prot. II, 105; IV, 41.

3) Artikel 309 Pr. O.

Gunsten lautet z. B. auf Beweis. Die gehorsame Partei kann unter gegebenen Voraussetzungen nur Berufung gegen das Urtheil ergreifen, und auch hier ist der Fall des Artikel 303 Pr. O. ausgenommen, weil ein Eingehen in die materialia causae gänzlich ausgeschlossen ist, also auch eine dahin zielende Appellation des Beklagten unstatthaft erscheint [4]).

Von der Beschränkung des Einspruchklägers im Falle des Artikel 303 der Pr. O. war früher die Rede [5]).

2) Wer gegen ein Versäumungsurtheil Berufung ergriffen hat, kann von dem Rechte des Einspruchs gegen dieses Urtheil keinen Gebrauch mehr machen. Auch die Verbindung des Einspruchs mit der Berufung ist unstatthaft [6]) d. h. es kömmt gegebenen Falls nur die miterhobene Berufung in Betracht. Wird statt des Einspruchs Berufung ergriffen, so ist die Sache im zweiten Rechtszug ebenso zu verhandeln und abzuurtheilen, wie dies im Falle der Einspruchserhebung bei der Unterinstanz hätte geschehen müssen; nur kann nicht zum Nachtheil des Appellanten erkannt werden [7]).

Der Einspruch ist ferner nicht mehr statthaft, wenn und soweit sich der Einspruchkläger dem Urtheile freiwillig unterworfen, auf den Einspruch verzichtet hat u. s. w.

II. Die zweite Voraussetzung für die Zulässigkeit des Einspruchs ist ein einspruchfähiges Urtheil.

In der Regel ist der Einspruch gegen jedes auf einseitige Verhandlung erlassene Urtheil statthaft. Ob sich dasselbe auf unterlassene Anwaltsbestellung oder das Nichterscheinen oder Nichthandeln des bestellten beklagtischen oder klägerischen Anwalts gründet, — ob es eine definitive Entscheidung enthält oder nicht (Artikel 296, 324 Absatz 2 Artikel 346 Pr. O. [8]), — ob die Definitiventscheidung auf Verurtheilung des Beklagten oder Abweisung des Klägers lautet, — ob das Urtheil über eine erste (Artikel 297 ff.) oder Schlußverhandlung (Artikel 346 Pr. O.) ergieng und letzterenfalls, ob schon das vorhergehende Interlocut ein Versäumungsurtheil war oder nicht, — ob das Versäumungsurtheil zur Hauptsache oder über einen Incidentpunct erlassen worden ist, — ob dasselbe im gewöhnlichen Laufe des Verfahrens oder im Sinne des Artikel 495 Absatz 3 der Pr. O. erfloß, macht keinen Unterschied. Auch auf den höheren oder geringeren Werth des Streitgegenstandes kömmt es nicht an.

Von dieser Regel bestehen aber einige Ausnahmen.

1) Ist der erste Einspruch wegen Nichterscheinens des Einspruchklägers bei der Einspruchverhandlung durch ein neues auf einseitige Verhandlung mit dem Einspruchbeklagten erlassenes Urtheil ohne weitere

---

4) Vgl. Artikel 496 Pr. O. und §. 379.
5) §. 379 i. f.
6) Artikel 310 Pr. O.
7) Es ist Artikel 729, nicht Artikel 314 Pr. O. maßgebend.
8) In Fällen des Artikel 296 besteht sicherlich kein Interesse am Einspruch; in Fällen des Artikel 324 Absatz 2 der Pr. O. kann es, da das Gericht an das Beweisurtheil schließlich nicht gebunden ist (Artikel 345 Pr. O.), nur insoferne bestehen, als der Einspruchkläger das Beweiserhebungsverfahren, das bei erlassenem Interlocut jedenfalls durchgeführt werden müßte (Artikel 332 Pr. O.), ganz abgeschnitten sehen will.

Prüfung verworfen: so findet von Seite des wiederholt ungehorsamen Einspruchklägers gegen dieses Urtheil kein Einpruch mehr statt[9]). „Opposition sur opposition ne vaut“ [10]).

2) Dem Einspruch unterliegen jene Versäumungsurtheile nicht, bezüglich deren dies durch besondere Bestimmung des Gesetzes ausdrücklich angeordnet ist. Lautet die betreffende Vorschrift auf den Ausschluß von Rechtsmitteln überhaupt, ohne des Einspruchs ausdrücklich zu erwähnen, so ist dieser nicht ausgeschlossen. Denn wenn auch seiner innern Natur nach ein Rechtsmittel zählt ihn die Pr. O. doch formell nicht zu denselben[11]). Fälle, in welchen der Einspruch ausdrücklich ausgeschlossen ist, enthalten die Artikel 342, 551, 552, 566, 599, 604 der Pr. O. Allerdings handelt es sich hier nur im Falle des ersterwähnten Artikels um das Verfahren im ordentlichen Anwaltsproceß.

## §. 384.

Der Einspruch muß bei Meidung des Ausschlusses innerhalb einer unerstreckbaren Frist von acht Tagen nach Zustellung des Urtheils erhoben werden[1]).

Vor der Urtheilszustellung kann der Einspruch mit Wirksamkeit nicht eingelegt werden. Hiedurch unterscheidet sich der Einspruch von der Berufung. Vgl. Artikel 697 Absatz 3 Pr. O.

War das anzufechtende Urtheil ein End- oder diesem hinsichtlich der Berufung gleichgestelltes Urtheil, in welchem Fall auch Versäumungsurtheile der Partei selbst zuzustellen sind[2]), so berechnet sich die Einspruchsfrist von der Zustellung an die Partei[3]). Folgerecht ist sie unter gegebenen Voraussetzungen nach Artikel 209 der Pr. O. mit Rücksicht auf den Wohn- oder Aufenthaltsort der Partei erweitert. Es macht hiebei keinen Unterschied, ob dem Versäumungsurtheil défaut contre partie oder défaut contre avoué zu Grund liegt[4]). Selbstverständlich findet auch Artikel 211 der Pr. O. Anwendung.

Enthält das anzufechtende Urtheil eine Entscheidung anderer Art z. B. im Sinne des Artikel 324 Absatz 2, so war es nur von Anwalt zu Anwalt zuzustellen und die Einspruchsfrist beginnt von dieser Zustellung zu laufen. Die Artikel 209 und 211 der Pr. O. können in diesem Fall keine Anwendung finden.

Da endlich dem Säumigen, wenn ein an sich appellables Urtheil gegeben ist, die Wahl zwischen Einspruch und Berufung freisteht, so laufen Einspruchs- und Berufungsfrist neben einander. Beide beginnen von der Zustellung an die Partei[5]).

---

9) Artikel 315 Pr. O. Incidentrestitution halte ich auch dann nicht für zulässig, wenn sich für die Versäumung der Einspruchsverhandlung auf eine Verhinderung im Sinne des Art. 216 der Pr. O. berufen werden könnte. Denn die bayr. Pr. O. erklärt nicht ausdrücklich, wie der hannöver. Entwurf (vgl. Prot. 1194—1196), die Incidentrestitution für statthaft. Vgl. §. 380 i. f.

10) Näheres in §. 386.

11) Abg. Prot. I, 273—274.

1) Artikel 309 Pr. O.

2) Artikel 192 Absatz 2 Pr. O.

3) Artikel 210 Pr. O.

4) Abg. Prot. II, 102.

5) Artikel 694 und 697 Absatz 2 Pr. O.

## II. Capitel.

## Einspruchsverfahren [1]).

### §. 385.

I. Einspruchsact.

Der Einspruch wird dadurch erhoben, daß der vom Einspruchkläger bestellte Anwalt der Gegenpartei d. h. dem Gegenanwalt einen Anwaltsact (Anwaltsschriftsatz, requête d'avoué contre avoué, Artikel 165) durch den Gerichtsvollzieher oder nach Artikel 205 der Pr. O. zustellen läßt, der die einfache Erklärung enthält, daß gegen das Versäumungsurtheil Einspruch erhoben werde [2]).

Von der Berufungs- unterscheidet sich die Einspruchserhebung u. A. auch darin, daß dort ein Anwalt des Appellaten erst zu bestellen, hier beiderseits Anwälte bestellt sind. Darum hier Zustellung von Anwalt zu Anwalt und Hinwegfall der Aufforderung zur Anwaltsbestellung an den Einspruchbeklagten.

Hätte aber ausnahmsweise der Einspruchbeklagte zur Zeit keinen Anwalt, weil dieser als Advocat am Proceßgericht außer Function getreten ist ꝛc., so müßte der Einspruchsact allerdings der Gegenpartei selbst mit der entsprechenden Aufforderung zur Anwaltsbestellung zugestellt werden [3]).

Ueber die Wirkung des Einspruchsactes in Ansehung der Vollstreckbarkeit der Versäumungsurtheile vgl. Gerichtsvollzieherhandbuch §§. 118, 119.

II. Der motivirte Antrag des Einspruchklägers.

Mit der Einspruchserhebung ist die Sache in das Stadium des Vorverfahrens durch Schriftenwechsel getreten. Dies ist selbst dann der Fall, wenn das betreffende Versäumungsurtheil im abgekürzten Anwaltsproceß erwirkt worden ist (Artikel 259). Doch hat jede Partei, wenn für sie überhaupt oder noch Grund zur Beschleunigung besteht, die Befugniß, selbständig Ladung auf kurze Frist für das Einspruchsverfahren behufs Umgehung der besonderen Hinterlegungstagfahrt (Artikel 313) ꝛc. und unmittelbarer Sachverhandlung nachzusuchen.

---

1) Quellen zu Artikel 311 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 43—44; vgl. II, 116—117.
Abg. Prot. II, 96, 102—103, 106, 138, 149; III, 129, 130; IV, 87, 131.
R. Ref. I, 18—19.
R. Prot. II, 105.
Quellen zu Artikel 312 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 43—44; vgl. II, 116—117.
Abg. Prot. II, 96, 102—103, 106, 138, 149; III, 23, 129—130; IV, 87, 131.
R. Ref. I, 18—19; II, 134—135.
R. Prot. II, 105; IV, 41.
Quellen zu Artikel 313 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 44; vgl. II, 117—118.
Abg. Prot. II, 96, 105—106, 138, 149; III, 129—130; IV, 87, 88, 131.
R. Ref. I, 18—19; II, 135.
R. Prot. II, 105; IV, 41.

2) Artikel 311 Pr. O. Ueber den Einspruchsact und seine Rechtswirksamkeit vgl. hannöv. Prot. 1173—1181, 1187—1191.

3) Abg. Prot. II, 102; III, 129—130.

Der Schriftenwechsel beginnt mit dem motivirten Antrage des Einspruchklägers.

Dieser Antrag kann schon mit dem Einspruchsacte verbunden werden. Geschieht dies nicht [4]), so ist er vom Anwalte des Einspruchklägers dem Gegenanwalte innerhalb der auf den Einspruch nächstfolgenden acht Tage zustellen zu lassen [5]). Da eine Frist des Vorverfahrens in Frage steht, ist die Versäumung oder Verspätung der Mittheilung für die Hauptsache unpräjudicirlich. Artikel 251 Pr. O. Will die Vertagung der Hinterlegungstagfahrt vermieden werden, so muß die Mittheilung jedenfalls drei Tage vor der Sitzung geschehen. Artikel 243 Absatz 2 Pr. O. [6]).

Inhaltlich hat der motivirte Antrag die Puncte zu bezeichnen, in welchen Einspruch erhoben wird (Fixirung des nunmehrigen Proceßobjects gleich der Bezeichnung des Streitgegenstandes in der Klageschrift), ferner das Gesuch der Partei auf Zurücknahme des Versäumungsurtheils, wiederholte Verhandlung und Aburtheilung (Proceßbitte), sowie in der Hauptsache auf Verurtheilung des Gegners rc. (Sachbitte), endlich die thatsächlichen und rechtlichen Gründe hiefür, die Motivirung, zu enthalten.

Die Motivirung hat aber nicht etwa in der Angabe der Entschuldigungsgründe für den früheren Ungehorsam zu bestehen. Denn auf den Grund, aus welchem die Partei in der früheren Sitzung unvertreten war, kömmt nichts an [7]). Hiedurch unterscheidet sich der Einspruch von der Restitution. Es sind vielmehr nur jene thatsächlichen und rechtlichen Momente anzuführen, aus welchen ein Urtheil entgegengesetzten Inhalts in der Hauptsache begehrt wird [8]). Der Einspruchkläger ist nach dieser Richtung für die Regel befugt, Alles dasjenige geltend zu machen, was ihm an Angriffs- und Vertheidigungsmitteln zur Zeit zu Gebote steht. Hat die Partei ihre Rechtsvertheidigung der andern bereits früher zustellen lassen, so kann hier darauf Bezug genommen werden [9]).

Selbstverständlich hat der motivirte Antrag des Einspruchklägers einen andern Inhalt, je nachdem derselbe zugleich die Rolle des Klägers in der Hauptsache einnimmt oder dort Beklagter ist, einen anderen wenigstens in Ansehung der Motivirung, wenn das angefochtene Versäumungsurtheil auf eine erste oder auf eine Schlußverhandlung ergangen ist, einen andern, wenn sofort in die Hauptsache eingetreten oder vorerst eine Vorfrage verhandelt werden soll u. s. w.

1) Ist der Einspruchkläger auch Kläger in der Hauptsache, so wird sich sein motivirter Antrag, wenn ihm ein solcher des Gegners dem Un-

---

4) Was im Belieben des Anwalts steht. Oft erhält er erst im letzten Moment Auftrag zur Einspruchserhebung und ist deshalb zur sofortigen Motivirung nicht informirt.

5) Artikel 312 Absatz 1 Pr. O.

6) Vgl. §. 287.

7) Artikel 312 Absatz 2 Pr. O.

8) Abg. Prot. II, 102—103, 137—138. Wollte freilich der Einspruchkläger jene besonderen Kosten, welche auf seinen bisherigen Ungehorsam erwachsen sind, von sich ab und unbedingt auf den Gegner oder den in der Hauptsache unterliegenden Theil überwälzen, so müßte sein hierauf ausgedehntes Gesuch auch mit der Unverschuldbetheit der seinerzeitigen Versäumung, mit Thatsachen motivirt werden, welche allenfalls den Gegner belasten u. s. w. Vgl. §. 386 Ziffer III.

9) Artikel 312 Absatz 3 Pr. O.

gehorsamsurtheil vorgängig noch nicht mitgetheilt war [10]), im Wesentlichen auf eine Reproduction der Klageschrift zu beschränken haben. Etwanige Klagsänderungen nachzutragen, ist hier der Ort [11]).

War dem Kläger früher bereits ein motivirter Antrag des Beklagten mitgetheilt worden, so muß er nun den seinigen als Antwort hierauf einrichten. Klagsänderungen wären in diesem Falle, wenn der motivirte beklagtische Antrag bereits die Streiteinlassung enthielt, gegen des Beklagten Willen nicht mehr zulässig [12]).

2) Ist der Einspruchkläger Beklagter in der Hauptsache, so kann er materielle Eingelenke ohne alle Beschränkung geltend machen.

In Ansehung von Proceßeinreden, der Einlassungsverweigerung, der Reihe des Vorbringens zur selben Aburtheilung u. s. w. finden auf dessen motivirten Antrag die allgemeinen Vorschriften Anwendung [13]). Demgemäß ist der Fall nicht ausgeschlossen, daß die Einspruchsverhandlung sich zunächst zu einer Separatverhandlung über privilegirte Proceßeinreden gestaltet.

Hätte der Beklagte bereits früher einen motivirten Antrag mitgetheilt, so knüpften sich an diesen die Folgen etwaniger Unvollständigkeit. Damals schon verwirkte Rechtsnachtheile in Bezug auf Proceßeinreden ꝛc. bleiben in Kraft [14]).

III. Anmeldung der Sache [15]).

Drei Tage nach Zustellung des den Einspruch motivirenden Antrags (Artikel 312) oder drei Tage nach Ablauf) [16]) der hiefür gestatteten Frist steht es jeder Partei frei, die bereits im Hauptverzeichniß eingetragene [17]) Sache zur Wochentabelle anzumelden [18]). Ob dies jetzt schon geschieht, entscheidet das Ermessen der Anwälte. Will z. B. der Kläger auf den Einspruch des Beklagten zuvor noch einen Schriftsatz zustellen lassen, so mag er mit der Anmeldung zuwarten. Diese soll eben erst vorgenommen werden, wenn die Sache gehörig bereift ist [19]).

IV. Ladung zur Sitzung.

Spätestens drei Tage, nachdem die Wochentabelle angeheftet ist, hat der anmeldende Anwalt dem Gegenanwalt die Aufforderung zum Erscheinen in der Sitzung zustellen zu lassen [20]).

Im Falle des Artikel 259 gelten die hiefür maßgebenden Vorschriften.

V. Der motivirte Antrag des Einspruchbeklagten.

Wenigstens drei Tage vor der Sitzung, in welcher die Sache zum Aufruf kommt, hat der Einspruchbeklagte seinen motivirten Antrag zustellen zu lassen, falls dies nicht schon früher geschehen ist [21]).

Von diesem Antrage gilt analog dasjenige, was von dem motivirten Antrage des Einspruchklägers gesagt wurde [22]).

---

10) Artikel 303 Pr. O.
11) Abg. Prot. II, 106.
12) Vgl. §. 286.
13) Vgl. §§. 288 ff.
14) Abg. Prot. II, 135.
15) Vgl. hannöv. Prot. 1185—1187.
16) R. Ref. II, 135; Abg. Prot. IV, 88.
17) Artikel 250, 234—236 Pr. O.
18) Artikel 313 Absatz 1 Pr. O.
19) Abg. Prot. II, 186.
20) Artikel 239 Pr. O. Vgl. §. 303.
21) Artikel 313 Absatz 2; vgl. Artikel 231, 242 Absatz 2 Pr. O.
22) Abg. Prot. II, 106.

VI. Einspruchsverhandlung.

Von dem Falle des Artikel 259 abgesehen hat die Tagfahrt zum Aufruf der Sache lediglich die Hinterlegung der Anträge und die Fixation der Sitzung zum Zweck, in welcher seiner Zeit verhandelt werden soll.

Der Zweck der Tagfahrt kann vereitelt werden, sei es daß beide Parteien ausbleiben (Streichung vom Hauptverzeichniß), sei es daß aus besonderen Gründen Vertagung zu verfügen ist u. s. w. Es gelten hiefür die allgemeinen Vorschriften [23]).

Desgleichen gelten, wenn beide Theile erschienen sind, ob nun lediglich die Anträge zu hinterlegen sind oder unmittelbar in die Verhandlung einzutreten ist (Artikel 259), die allgemeinen Grundsätze. Ebenso verhält es sich, wenn beim Nichterscheinen eines Theils die Einspruchsverhandlung einseitig zu pflegen ist. Das Nähere im folgenden §.

## III. Capitel.

## Urtheil [1]).

### §. 386.

I. In Ansehung der Urtheilsfällung gelten die allgemeinen Grundsätze. Hinsichtlich des Inhalts des Urtheils erleiden die allgemeinen Vorschriften jene Modificationen, welche die besondere Sachlage mit sich bringt.

Die Sache erwächst nur soweit zur gerichtlichen Cognition als das Versäumungsurtheil angefochten ist d. h. als sich der Einspruchkläger nicht in einzelnen Puncten freiwillig unterworfen hat.

Bezüglich der nichtangefochtenen Theile behält das Versäumungsurtheil seine Wirksamkeit und zwar von Anfang an. Dasselbe gilt, insoweit das Urtheil bei der endlichen Entscheidung über den Einspruch bestätigt wird [2]).

Auch falls der Einspruch für begründet erklärt wird, tritt das Versäumungsurtheil definitiv erst außer Wirksamkeit, wenn das Endurtheil über den Einspruch ergangen ist, nicht schon wenn zunächst auf die erste Einspruchsverhandlung interloquirt wird.

Das den Einspruch endlich verbescheidende Urtheil ist auch ausdrücklich dahin zu fassen, daß entweder der Einspruch als unbegründet abgewiesen oder als begründet erachtet und demgemäß zur Sache erkannt werde rc.

Hiebei ist das Gericht durch das Versäumungsurtheil, soweit dieses zum Gegenstand neuerlicher Aburtheilung gemacht wurde, nicht gebunden. Es kann dasselbe ganz oder theilweise bestätigen oder abändern, sowohl zum Vortheil wie zum Nachtheil des Einspruchklägers [3]). Verurtheilung auf das Ganze kann insbesondere auch dann erfolgen, wenn vorher theilweise

---

23) Vgl. auch Artikel 300, 305 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 314 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 117—118; III, 44.
Abg. Prot. II, 105 - 106, 138, 149; IV, 87, 131.
R. Ref. I, 19; II, 135.
R. Prot. II, 105; IV, 41.
Quellen zu Artikel 315 Pr. O. sieh' bei §. 383.
Vgl. hannöver. Prot. 1191—1193.

2) Dies ist u. A. von großer Bedeutung z. B. für den Vorrang eines Arrestklägers (Artikel 985, 990 Pr. O.), für Hypothekeinschreibungen in der Pfalz.

3) Artikel 314 Absatz 1 Pr. O.

nach dem Klagsgesuch, theilweise auf Verwerfung des Klagsanspruchs erkannt war [4]).

II. Eine besondere Betrachtung erfordert der Fall, wenn bei der Einspruchsverhandlung ein Theil ungehorsam ausgeblieben ist.

1) Ist der Einspruchkläger, nicht aber auch der Einspruchbeklagte erschienen, so ist zu unterscheiden, ob der Ausgebliebene in der Hauptsache Beklagter oder Kläger ist.

Im ersteren Falle liegt die Sache so, daß das frühere Ungehorsamsurtheil im Sinne des Artikel 303 der Pr. O. auf Annahme des Klagabstands ergangen war. Beide Theile haben, was die Einspruchsverhandlung betrifft, Anwälte bestellt. Demgemäß ist hier ganz nach Artikel 301 der Pr. O. (§§. 376 und 377) zu verfahren. Verurtheilung des Hauptbeklagten nach Klagsantrag.

Ist der jetzt ausgebliebene Einspruchbeklagte Kläger in der Hauptsache, der früher gegen den Hauptbeklagten Ungehorsamsurtheil im Sinne des Artikel 297 oder 301 der Pr. O. erwirkt hatte: so ist nun ganz nach Artikel 303 der Pr. O. (§§. 378 und 379) zu verfahren. Abstandsurtheil gegen den Hauptkläger.

2) Bleibt der Einspruchkläger bei der Verhandlung über den Einspruch unvertreten, so ist, wie im Strafproceß, der Einspruch ohne weitere Prüfung zu verwerfen [5]). Hierin liegt die Bestätigung des früheren Urtheils [6]). Das Gesetz geht von der Annahme aus, daß der Einspruchkläger von seinem Einspruche abgestanden sei [8]). Gegen dieses Einspruchsurtheil findet von Seiten der wiederholt ungehorsamen Partei kein Einspruch mehr statt. Doch sind sonst zulässige Rechtsmittel, Berufung, Richtigkeitsbeschwerde nicht ausgeschlossen.

Es ist der Fall denkbar, daß dem als solchen ungehorsamen Einspruchkläger, wenn er Beklagter in der Hauptsache ist, vom Kläger in der Hauptsache während des Laufs des Einspruchsverfahrens in aller Form ein motivirter Antrag mit inhaltlicher Klagsänderung zugestellt wurde. Nun ergeht allerdings zur einseitigen Einspruchsverhandlung neuerliches Versäumungsurtheil. Allein dieses ist doch nur insoweit ein zweites Versäumungsurtheil und in dieser Eigenschaft dem Einspruch des Beklagten entrückt, als es das frühere Urtheil einfach bestätigt. Insoweit dasselbe anläßlich der Klagsänderung dem Kläger etwas Weiteres zuerkennt, was im vorausgegangenen Urtheile nicht zuerkannt war, ist dieses neuerliche Urtheil ein erstes Versäumungsurtheil und dem Einspruche unterworfen [8]).

Möglicher Weise wird eine Einspruchsverhandlung, in welcher beide Theile erschienen sind, auf Vorfragen ohne Antragshinterlegung für die Hauptsache [9]) beschränkt. Würde, nachdem die Vorfrage durch Separaturtheil erledigt ist, in der zur Hinterlegung der An-

4) Abg. Prot. II, 138.
5) Artikel 315 Pr. O.
6) Abg. Prot. II, 138.
7) Vgl. Artikel 303 Pr. O.
8) Abg. Prot. II, 206.
9) Artikel 307 Pr. O.

träge für die Hauptsache oder zur unmittelbaren Verhandlung der letzteren anberaumten Sitzung der Einspruchkläger nicht erscheinen, so hätte das hierauf ergehende Urtheil den Charakter eines zweiten Versäumungsurtheils, gegen welches Einspruch nicht zulässig ist.

Endigt die Einspruchsverhandlung, bei der beide Theile erschienen sind, mit einem Beweisurtheil, es würde aber in der nun folgenden Schlußverhandlung der Einspruchkläger unvertreten sein: so wäre zwar in Gemäßheit des Artikel 346 nach Sachlage zu erkennen. Allein dieses Urtheil bildet für den Einspruchkläger ein zweites Versäumungsurtheil, gegen welches Einspruch unstatthaft ist.

Wäre in einem Falle des Artikel 324 Absatz 2 in Gemäßheit der Artikel 297 und 301 der Pr. O. auf Beweis erkannt, dieser auch ohne einem Einspruch zu begegnen erhoben und nun zum Schluß verhandelt worden: so hätte, wenn auch hiebei die früher ungehorsame Partei unvertreten blieb, zwar ein Versäumungsurtheil nach Artikel 346 zu ergehen. Aber hiegegen stände der Einspruch frei.

III. Die Entscheidung im Kostenpunct richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen.

Wird vorerst interloquirt, so bleibt der Kostenpunct in suspenso.

Wird der Einspruch sofort oder endlich verworfen, so trägt der Einspruchkläger auch die Kosten des Einspruchverfahrens.

Wird aber auch der Einspruch sofort oder endlich als begründet erkannt, so fallen immerhin der siegenden Partei, so weit sie ausscheidbar sind, jene besonderen Kosten zur Last, welche durch ihren früheren Ungehorsam veranlaßt wurden und nicht entstanden wären, wenn sie sich eines Versäumnisses nicht schuldig gemacht hätte. Denn nach allgemeinen Bestimmungen sind diejenigen Kosten vom Ersatze ausgeschlossen, welche durch Verschulden der obsiegenden Partei (Versäumniß, Streitsverzögerung ꝛc.)[10]) erwachsen sind[11]). Diese Auffassung liegt schon dem Artikel 303 Absatz 2 der Pr. O. zu Grund. Uebrigens leidet diese Regel eine Ausnahme, wenn das Versäumungsurtheil etwa selbst nicht in gesetzlicher Weise ergangen und wegen Mangels formeller Erfordernisse aufgehoben worden ist. Die erwähnten besonderen Kosten fallen unter solchen Umständen auf die Partei, welche überhaupt zur Tragung der Kosten zu verurtheilen ist[12]). Dasselbe gilt, wenn nach Sachlage keiner Partei eine Schuld an der früheren Versäumung beigemessen werden kann. Würde aber hieran dem Einspruchsbeklagten eine Schuld zur Last fallen z. B. wegen mangelhafter Ladung, so hat dieser die betreffenden besonderen Kosten ohne Rücksicht auf die sonstige Entscheidung der Sache zu tragen.

IV. Von der endlichen Entscheidung über den Einspruch ist am Rande der Urschrift des Versäumungsurtheils vom Gerichtsschreiber Vormerkung zu machen[13]), gleichviel ob der Einspruch für begründet erklärt oder verworfen wurde[14]).

Die Vormerkung ist jeder späteren Ausfertigung beizufügen.

---

10) Vgl. Reg.Entw. Artikel 91.
11) Artikel 106 Absatz 2 Pr. O.
12) Abg. Prot. II, 105—106.
13) Artikel 314 Absatz 2 Pr. O.
14) In den Fällen der Artikel 737, 786, 818 der Pr. O. wird bei Verwerfung des Rechtsmittels keine Vormerkung gemacht.

V. Buch.

# Das ordentliche Verfahren vor den Handels- und Einzelngerichten.

# I. Hauptstück.

# Das contradictorische Verfahren.

## I. Capitel.

## Klagserhebung [1]).

### §. 387.

### Das ordentliche Verfahren vor den Handels- und Einzelngerichten

---

1) Quellen zu Artikel 499 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 175—179, 192.
Abg. Prot. II, 256—257, 274—275, 351, 373.
R. Ref. I, 27.
R. Prot. II, 248.
Quellen zu Artikel 500 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—179, 102.
Abg. Prot. II, 257, 274, 275, 351, 373.
R. Ref. I, 37.
R. Prot. II, 248.
Quellen zu Artikel 501 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—179, 192.
Abg. Prot. II, 257—256, 274—275, 351, 373. 453; IV, 103, 106, 151.
R. Ref. I, 27; II, 182.
R. Prot. II, 248; IV, 61.
Quellen zu Artikel 502 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—179, 192; III, 56.
Abg. Prot. II, 257, 275, 351, 373; IV, 103, 106, 152.
R. Ref. I, 27; II, 182.
R. Prot. II, 248; IV, 61.
Quellen zu Artikel 503 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—179, 192.
Abg. Prot. II, 257, 275, 351, 373, 453.
R. Ref. I, 27.
R. Prot. II, 248.
Quellen zu Artikel 504 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—179.
Abg. Prot. II, 259—260, 351, 373.

(Parteiproceß)[2]) ist zwar mehrfach dem bezirksgerichtlichen Verfahren angeglichen. Allein es erhält eine eigenthümliche Natur durch die Raschheit seines Verlaufes, die Einfachheit seiner Formen, die darin waltende volle Freiheit der Parteivertretung[3]), endlich durch die Einrichtung der Stadt- und Landgerichte als Einzelnrichterämter sowie durch die theilweise Besetzung der Handelsgerichte mit technischen Richtern.

Es fließen hieraus gewisse Grundnormen, welche das ganze Verfahren im Parteiprocesse beherrschen.

Dahin gehört vor Allem die Vorschrift, wonach, soweit Bestimmungen des bezirksgerichtlichen Verfahrens im Parteiprocesse Anwendung finden, das dort von Anwälten und Anwaltsacten Gesagte hier, wo es weder Anwälte noch Anwaltsacte gibt, von den Parteien selbst oder ihren Gewalthabern (Bevollmächtigten) und von Gerichtsvollzieheracten, — das dort von Zustellungen an den Gegenanwalt Gesagte hier von Zustellungen an die Gegenpartei selbst oder ihren Zustellungsbevollmächtigten zu verstehen ist[4]). Dabei ist nicht zu vergessen, daß der Bevollmächtigte, auch wenn er Advocat ist, ohne Vollmachtsnachweis zu keiner Verhandlung zugelassen werden darf[5]), weshalb die weder persönlich anwesende noch durch einen legal Bevollmächtigten vertretene Partei als nicht erschienen gilt. Besteht ferner im Parteiproceß auch kein Zwang sich vertreten zu lassen, so schließt dies doch nicht aus, daß das Gericht mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Sache und die Persönlichkeit der Partei dieser den Rath ertheilt, einen rechtskundigen Vertreter aufzustellen, und zu dem bezeichneten Zweck die Verhandlung vertagt[6]). Auch für die Bestellung von Zustellungsbevollmächtigten besteht kein Zwang[7]). Gleichwohl ist eine solche Bestellung wenigstens im Beweisverfahren des Parteiprocesses räthlich, um Kosten zu ersparen ꝛc.[8]). Endlich ist daran zu erinnern, daß ein Proceßbevollmächtigter als solcher noch kein Zustellungsbevollmächtigter ist, wenn er nicht zugleich in der letzterwähnten Eigenschaft in der gesetzlich vorgeschriebenen Art der Gegenpartei benannt wurde.

Hieher gehört ferner die allgemeine Bestimmung, daß dasjenige, was für das bezirksgerichtliche Verfahren vom Senatsvorstande oder Vorsitzenden gesagt ist, bei den Einzelngerichten von dem Einzelnrichter (Gerichts-

---

R. Ref. I, 27.
R. Prot. II, 248.
Quellen zu Artikel 537 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 185–186.
Abg. Prot. II, 273, 353, 376; IV, 111, 155.
R. Ref. I, 29; II, 189—190.
R. Prot. II, 259—260; IV, 63.
Ueber den Parteiproceß überhaupt vgl. hannöver. Prot. 2856—2859, 3009—3096; Leonhardt hannöv. Proc. S. 141—145; Arnold a. a. O. S. 146; Aphorismen 74—91; Hurt das Verfahren vor den Handels- und Einzelngerichten nach der neuen Civ. Pr. O. f. d. Kgr. Bayern, Kempten 1870.

2) Vgl. §. 277.
3) Vgl. §. 133.
4) Artikel 537 Absatz 1 Pr. O.
5) Vgl. §. 138.
6) Abg. Prot. II, 276.
7) Vgl. §. 263.
8) Abg. Prot. I, 262, 263. Vgl. mein Gerichtsvollz. Handbuch §. 76 und ff.

vorstand) [9]) und wenn am selben Gerichte mehrere selbständige Einzelnrichterabtheilungen für streitige Civilsachen bestehen, von dem Vorstande der einschlägigen Abtheilung gilt [10]). Ist ein Handelsgericht in ständige Senate nicht eingetheilt, so gilt dasjenige, was die Pr. O. über die amtliche Thätigkeit und die Obliegenheiten des Senatsvorstandes bestimmt, von dem Gerichtsvorstande [11]).

Anlangend die Klagserhebung im Parteiproceß, so sind bei den Handels- und Einzelngerichten

I. Ein für allemal je nach Bedürfniß ein oder mehrere Tage in der Woche zu bestimmen, an welchen öffentliche Sitzungen stattfinden. Bestehen bei einem Handelsgericht mehrere ständige Senate oder bei einem Stadt- oder Landgericht mehrere selbständige Einzelnrichterabtheilungen für Civilstreitigkeiten (nach Fächern oder Districten), so müssen solche Tage für jeden Senat und jede Abtheilung besonders bestimmt werden [12]). Allgemeine Gerichtstage [13]). Diese Festsetzungen haben auch die Bestimmung der Gerichtszeit nach Beginn und Schluß der Sitzung (Sitzungszeit) entnehmen zu lassen und sind in zweckentsprechender Weise öffentlich bekannt zu machen [14]).

Auf Ansuchen können übrigens, besonders bei Gefahr auf Verzug, Sitzungen auch auf andere als die allgemeinen Gerichtstage anberaumt werden. Dies geschieht bei den Handelsgerichten durch den Gerichts-, bei Einzelngerichten mit mehreren Abtheilungen durch den Abtheilungsvorstand [15]). Das Gesuch um Anberaumung eines besonderen Sitzungstags kann formlos, mündlich oder schriftlich [16]), und auch Namens des Klägers von dem mit Zustellung der Klage beauftragten Gerichtsvollzieher [17]) ohne Vollmachtsnachweis hiefür gestellt werden [18]).

II. Die Klagserhebung umfaßt zwei Acte, die Fertigung der Klagsurkunde und die Zustellung derselben an die beklagte Partei (§. 388).

Die Klagsurkunde bildet ein Aequivalent der Klageschrift im Anwaltsproceß, hat aber auch im Verfahren vor den Handelsgerichten nicht die Form des Schriftsatzes, sondern jene des Gerichtsvollzieheractes. Die Fertigung derselben nach Angabe des etwa rechtskundigen Parteivertreters oder Advocaten ist nicht ausgeschlossen.

In materieller Hinsicht muß die Klagsurkunde enthalten:

1) die Bezeichnung des Gerichts;

2) die Vorladung des Beklagten zur unmittelbaren Sachverhandlung [19])

---

9) Artikel 537 Absatz 2 Pr. O.
10) Abg. Prot. IV, 337.
11) Artikel 123 Einf. Ges. z. Pr. O.
12) Artikel 499 Pr. O.
13) Vgl. §. 270.
14) V. O. v. 16. Juni 1870, den Vollzug des Art. 121 des Einf. Ges. z. Pr. O. 2c. betr. J. M. Bl. S. 289 ff.
15) Artikel 500 Pr. O.
16) Abg. Prot. II, 257.
17) So in der Pfalz üblich.
18) Artikel 503 Pr. O.
19) Wie im abgekürzten Anwaltsproceß. Artikel 259 Pr. O.

in die Sitzung des Gerichts [20]) auf einen bestimmten Sitzungstag und eine bestimmte, in die gerichtliche Sitzungszeit fallende Stunde [21]). Am Besten wird durchweg auf die Anfangsstunde der Sitzungszeit geladen.

Einer vorgängigen Anmeldung der Klage bei Gericht bedarf es nicht. Der Kläger wählt Tag und Stunde der Verhandlung frei. Sind hienach mehr Sachen zu verhandeln, als in der betreffenden Sitzung erledigt werden können, so sind zunächst die dringlicheren vorzunehmen, die übrigen zu vertagen. Es ist wünschenswerth, daß sich wenigstens diejenigen Gerichtsvollzieher, welche am Gerichtssitze wohnen, mit den Gerichts- bezw. Senats- und Abtheilungsvorständen benehmen, um eine Ueberfüllung einzelner Sitzungen zu verhüten [22]). Ein Verbot, ohne solches Benehmen oder in Sitzungen, für welche bereits hinreichend viele Ladungen gemacht sind, weiter zu laden, ist unstatthaft.

3) Die Bezeichnung des Klaggegenstandes, die Angabe des Klaggrundes und ein bestimmtes Gesuch [23]).

Vergleicht man diese mit der Bestimmung des Artikel 225 der Pr. O., so ergibt sich, daß die Klagsurkunde eben alle wesentlichen Erfordernisse der Klageschrift haben muß, wenn auch in gedrängterer Darstellung als dies für Klageschriften üblich ist. Man wird als Regel festhalten dürfen, die Klagsurkunde müsse an thatsächlichen Anführungen soviel enthalten, daß das Gericht, auch wenn der Beklagte bei der Verhandlung nicht erscheint, in der Lage ist, gegen den Beklagten ein Definitivurtheil 2c. sofort zu erlassen. Demgemäß muß die Klagsurkunde den Werth des Streitgegenstandes entnehmen lassen, soweit davon die Zuständigkeit des Gerichts abhängt, falls die Klage nicht ohnehin auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist oder nach ihrem Inhalt ohne Rücksicht auf den Werth vor das angegangene Gericht gehört [24]). Gegebenen Falls muß sie den Nachweis über die Proceßhandlungsfähigkeit des Klägers oder die Eigenschaft seines gesetzlichen Vertreters, über den Besitz der etwa erforderlichen besonderen Ermächtigung [25]), über die erfolglose Beschreitung des Administrativwegs [26]) enthalten. Außer dem Gegenstande, dem factischen und dem Rechtsgrunde des Anspruchs sollen auch die Thatsachen der Activ- und Passivlegitimation angegeben sein u. s. w. Rechtsausführungen passen in keinen Gerichtsvollzieheract [27]).

20) Unter Umständen können auch außerhalb des Sitzungslocals Verhandlungen gepflogen werden. Vgl. Artikel 532 Pr. O., Artikel 128 Einf. Ges. z. Pr. O. und §. 267.
21) Abg. Prot. II, 256, 257.
22) Abg. Prot. II, 256. Es besteht auch die Uebung, wonach der Gerichtsvollzieher am Abend vor dem Sitzungstage seine Ladungsurkunden dem Vorsitzenden oder Einzelnrichter zur Einsicht und Vorbereitung mittheilt.
23) Artikel 501 Pr. O.
24) Vgl. Artikel 189 Pr. O.
25) Artikel 58 ff. der Pr. O.
26) Artikel 176 Pr. O.
27) Vgl. mein Gerichtsvollz. Handbuch §. 102.

In formeller Beziehung muß die Klagsurkunde von einem Gerichtsvollzieher gefertigt sein und als Gerichtsvollzieheract allen allgemeinen Erfordernissen eines solchen genügen. Die abschriftliche Beifügung von Beweisurkunden ist ebensowenig wie eine summarische Inhaltsangabe darüber geboten. Auch findet im Parteiproceß eine Acten= und Urkundenmittheilung vor der Verhandlung nicht statt. Eine freiwillige Mittheilung ist unbenommen, u. U. nützlich, um Vertagungen zu vermeiden.

Der Mangel eines der vorbezeichneten Erfordernisse begründet die Nichtigkeit des Actes nur dann, wenn er einen wesentlichen Einfluß auf das Urtheil auszuüben geeignet ist[28]). Kömmt es übrigens zur contradictorischen Verhandlung, so können bis zum Schlusse der ersten Verhandlung Klagsänderungen jeder Art nachgetragen[29]), also auch die Mängel der Klagsurkunde verbessert werden. Der Vorsitzende oder Einzelnrichter wird nie unterlassen, hierauf aufmerksam zu machen. Bleibt der Beklagte bei der Verhandlung aus, so kann der Kläger wohl auch hier noch einen wesentlichen Mangel der Klagsurkunde verbessern; allein ein Versäumungsurtheil kann er in dieser Tagfahrt jedenfalls nicht erwirken, muß vielmehr den Beklagten unter Mittheilung der betreffenden Aenderung neuerdings laden lassen. Würde der Kläger statt dessen gleichwohl Versäumungsurtheil begehren, so müßte er abgewiesen werden[30]).

## §. 388.

I. Die Klagsurkunde muß durch Gerichtsvollzieheract dem Beklagten zugestellt werden[1]). Die inhaltlich und formell zu einem Act vereinigte Klags= und Zustellungsurkunde bildet die Klagsvorladung.

Zwischen der Klagezustellung und dem Sitzungstage müssen wenigstens drei Tage in Mitte liegen[2]). Ladungsfrist. Die Frist erweitert sich bei gegebenen Voraussetzungen nach Artikel 209 der Pr. O.[3]).

In dringenden Fällen kann der Gerichtsvorstand oder Einzelnrichter (Abtheilungsvorstand) die Frist auf mündliches oder schriftliches (überhaupt formloses)[4]) Ansuchen des Klägers abkürzen, jedoch nur soweit, daß die Zustellung an den Beklagten und dessen Erscheinen in der anberaumten Sitzung noch möglich ist[5]). Das Ansuchen um Abkürzung der Vorladungsfrist kann Namens des Klägers auch von dem mit Zustellung der Klage beauftragten Gerichtsvollzieher und zwar ohne besonderen Vollmachtsnachweis gestellt werden.

Die dem Ansuchen stattgebende Verfügung ist stets schriftlich zu erlassen und dem Gesuchsteller in Urschrift auszuhändigen. Sie muß mit der Klage dem Beklagten unverzüglich zugestellt werden[6]). Wird diese

---

28) Artikel 218 Absatz 2 Pr. O.
29) Artikel 506 Absatz 2 Pr. O.
30) Artikel 520 Absatz 1 Pr. O. Vgl. §. 394.
1) Artikel 501 Absatz 1 init. Pr. O.
2) Artikel 502 Absatz 1 Pr. O.
3) Abg. Prot. II, 257.
4) Abg. Prot. a. a. O.
5) Artikel 502 Absatz 2 Pr. O.
6) Artikel 503 Pr. O.

Zustellung verzögert, so kann die Verhandlung vertagt werden, wenn die dem Geladenen übrig gebliebene Frist nicht ausreichend erscheint [7]).

Auch die Verfügung, durch welche auf Ansuchen ein besonderer Sitzungstag bewilligt wird, soll dem Beklagten mit der Klage zugestellt werden [8]).

II. Die Zustellung der die Ladung enthaltenden Klagsurkunde hat die im Artikel 179 der Pr. O. bezeichneten Wirkungen. Vgl. §. 280. Um hervortreten zu lassen, daß die bezeichnete Vorschrift auch auf den Parteiproceß Anwendung findet, in welchem es eine Klageschrift nicht gibt, ist in Artikel 179 statt „Zustellung der Klageschrift" der allgemeinere Ausdruck „Klagezustellung" gebraucht [9]).

Schließlich ist noch zu bemerken, daß die Parteien auch ohne vorgängige Ladung in der Sitzung des Einzelngerichts [10]) wie des Handelsgerichts erscheinen und den Rechtsstreit verhandeln können [11]). Geschieht dies an einem allgemeinen Gerichtstag, so können die Parteien nicht zurückgewiesen werden; bei Mangel an Zeit tritt Vertagung ein. An einem andern Tage kann nur mit Bewilligung des Gerichts- oder Abtheilungsvorstandes verhandelt werden. Wo kein eigentlicher Streit unter den Parteien besteht, es aber dem Gläubiger darauf ankömmt, Urtheil zu erhalten, sei es auch indem er zugleich dem Schuldner Zahlungsfristen gewährt (jugement convenu), erscheint das Angehen des Gerichts ohne Ladung praktisch und erspart jedenfalls Kosten [12]). Die Anhängigkeit der Sache und deren Wirkungen (Artikel 179) beginnen mit der gegenüber dem Beklagten vor Gericht erfolgten Geltendmachung des Klagsanspruchs. Freilich ist hierüber eine Constatirung geboten. Wird sofort Urtheil erlassen, so genügt die bezügliche Beurkundung im Sachverhalt. Anderenfalls d. h. wenn die Verhandlung zur Fortsetzung vertagt wird, müßte das Klagsvorbringen in ein Separatprotokoll aufgenommen werden, wenn es die Wirkungen der Klagzustellung haben soll.

## II. Capitel.

## Die erste Verhandlung der Sache [1]).

### §. 389.

I. Außer der Klage findet kein schriftliches Vorverfahren statt [2]).

---

7) Artikel 520 Absatz 2 Pr. O.
8) Artikel 503 Pr. O. Vgl. Artikel 500.
9) Abg. Prot. I, 250.
10) Vgl. Code de procéd. Artikel 7.
11) Artikel 504 Pr. O.
12) Abg. Prot. II, 259.
1) Quellen zu Artikel 505 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—179, 192.
Abg. Prot. II, 257—258, 276, 351, 373.
R. Ref. I, 27.
R. Prot. II, 248.

Im Verfahren vor den Handelsgerichten ist die Klagsurkunde vor oder während der Sitzung gegen sofortige Zurückgabe nach gemachtem Gebrauch dem Gerichtsschreiber zum Zweck der Eintragung in das Klagen-Verzeichniß vorzulegen. Vgl. Band I §. 264 S. 742 a. E. Beim Nichterscheinen des Klägers erfolgt die Eintragung auf Grund der vom Beklagten zu übergebenden Abschrift des ihm zugestellten Ladungsactes. Sind die Parteien ohne vorgängige Ladung erschienen, so erfolgt der Eintrag auf mündliches Anmelden des Klägers [3]). Die Bestimmungen über Anmeldung zum Hauptverzeichniß, Streichung von der Rolle, Wiederanmeldung ꝛc., wie sie für das bezirksgerichtliche Verfahren gelten, sind hier nicht anwendbar. Im Verfahren vor Einzelngerichten wird ein solches Verzeichniß über die beim Gerichte anhängigen Sachen nicht geführt. Vgl. Bd. I S. 745.

Der Aufruf erfolgt durch den dienstthabenden Gerichtsvollzieher oder seinen Stellvertreter, welcher sich vor Beginn der Sitzung einzufinden, die entsprechende Controle über die Anwesenheit der Parteien, Zeugen ꝛc. zu üben, die Ladungspapiere derselben zu sammeln und zu ordnen, kurz Alles

---

Quellen zu Artikel 506 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—179, 192; III, 56.
Abg. Prot. II, 258—259, 276—277, 351—352, 373; IV, 103, 152.
R. Ref. I, 27; II, 183.
R. Prot. II, 248; IV, 61.
Quellen zu Artikel 507 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—179, 192.
Abg. Prot. II, 257, 275—276, 352, 373.
R. Ref. I, 27.
R. Prot. II, 248.
Quellen zu Artikel 508 Pr. O.:
Abg Prot. II, 352.
R Ref. I, 27, 99—101.
R. Prot. II, 248—252.
Quellen zu Artikel 524 Pr. O.:
Abg. Ref II. 180—181, 192.
Abg. Prot. II, 270, 279, 352, 375.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 255.
Quellen zu Artikel 528 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 183—184; III, 57.
Abg. Prot. II, 271—272, 279, 352, 376; IV, 109—110, 155, 334—336, 367.
R. Ref. I, 29, 102—103; II, 187—188.
R. Prot. II, 255—259; IV, 62—63.
Quellen zu Artikel 529 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 352, 376.
R. Ref. I, 29.
R.. Prot. II, 259.
Quellen zu Artikel 536 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 279, 353, 376.
R Ref. I, 29.
R. Prot. II, 259—260.
Vgl. die Quellen zu Artikel 513 Absatz 4 Pr. O. bei §. 393 und die Quellen zu Artikel 525 Pr. O. bei §. 391.

2) Artikel 505 Pr. O. R. Prot. II, 12—13.

3) Artikel 507 Pr. O.

vorzukehren hat, was zum aufhaltlosen Gang der Verhandlungen nöthig und dienlich ist. Er hat überdies den Vorsitzenden oder Einzelnrichter in Aufrechthaltung der Sitzungspolizei zu unterstützen u. s. w. Die Reihenfolge des Aufrufs richtet sich nach der Anordnung des Vorsitzenden oder Einzelnrichters. Bei den Handelsgerichten ist dem Gerichtsvollzieher für jede Sitzung ein Aufrufsverzeichniß zu behändigen[4]).

II. Vereitelung des Zwecks der Tagfahrt.

Der Zweck der Tagfahrt d. i. die contradictorische Verhandlung der Sache kann vereitelt werden:

1) Wenn beide bezw. alle Parteien ausbleiben. Circumductio termini.

Die mit Zustellung der Klagsurkunde eingetretenen Wirkungen der Rechtshängigkeit (Artikel 179) bleiben bestehen. Will ein Theil die Sache wieder aufgreifen oder fortsetzen, so muß er den Gegner zu einer weiteren Sitzung neuerlich laden lassen. Natürlich erstreckt sich diese Ladung nur auf das Erscheinen, wobei auf die früher zugestellte Klagsurkunde Bezug zu nehmen ist. Diese braucht auch dann nicht wiederholt zugestellt zu werden, wenn die neuerliche Ladung vom Kläger ausgeht.

2) Bleibt nur ein Theil aus, so ist in die einseitige Verhandlung der Sache einzutreten, défaut (vgl. §. 394), es sei denn, daß das Gericht auf Antrag des Erschienenen oder aus besonderen Gründen von Amtswegen die Verhandlung vertagt.

Erfolgt die Vertagung sofort in eine bestimmte spätere Sitzung des Handels- oder Einzelngerichts, so ist die Vorladung des Gegners hiezu nicht erforderlich, gleichviel ob derselbe bei Publication des Vertagungsurtheils, welche in allen Fällen als Ladung gilt[5]), anwesend war oder nicht, — den Fall allein ausgenommen, wenn die neuerliche Ladung im Gesetze besonders vorgeschrieben ist oder vom Gerichte ausdrücklich angeordnet wird[6]).

Wird die Verhandlung ausgesetzt, d. h. ohne Wiederanberaumung neuer Tagfahrt aufgehoben, auf unbestimmte Zeit vertagt, so muß zur später wiederaufzunehmenden Verhandlung natürlich neue Ladung ergehen.

Dergleichen Ladungen sind an die Partei selbst oder ihren Zustellungsbevollmächtigten (nicht blosen Proceßbevollmächtigten) zu machen.

3) Auch wenn beide Parteien erscheinen, kann die Verhandlung nach allgemeinen Grundsätzen von Amtswegen oder auf Antrag einer Partei aus erheblichen Gründen vertagt werden[7]). Auch können die Parteien übereinkünftlich die Verhandlung verschieben. Doch steht die Auswahl des neuerlichen Verhandlungstags dem Gerichte zu.

Hinsichtlich der Nothwendigkeit bezw. Nichterforderlichkeit neuer Ladung gelten die unter Ziffer 2 vorgetragenen Grundsätze.

---

4) Vgl. Bd. I S. 745; Ger. Vollz. Handbuch §. 146; Ger. Vollz. Ordn. Artikel 16—18; Ger. Vollz. Geb. Ordn. §. 1 und 2; Vollz. Instr. zu beiden vom 15. Juni 1870 §. 3.

5) Vgl. dagegen Artikel 252 Pr. O.

6) Artikel 508 Pr. O.

7) Artikel 212, 213 Pr. O. Vgl. §. 271.

III. Erfolgt beim Erscheinen aller Theile eine Vertagung nicht, so kömmt es zum Zweck der Tagfahrt, der contradictorischen Verhandlung der Sache.

1) Was Gang und Inhalt der Verhandlung überhaupt betrifft, so ist bezüglich der Leitung derselben auf §. 226 zu verweisen.

Zunächst hat der Kläger seine Klage mündlich vorzutragen und zu begründen.

Hierauf hat der Beklagte ebenso zu antworten und seine etwaigen Einreden vorzutragen, worauf weiter bis zum Schlusse zu verhandeln ist [8]). Hinsichtlich des möglichen Inhalts der beklagtischen Vertheidigung (Proceßeinreden, Einlassung, zerstörliche Einreden, Rechtsausführungen ꝛc.) und deren Form (Motivirung und Gesuch) gelten die allgemeinen Grundsätze. Dasselbe ist von den Schlußerklärungen der Parteien zu sagen. Ueber die Wirkungen der beklagtischen Antwort und das Verhältniß ihrer einzelnen Bestandtheile untereinander wird unter Ziffer IV das Nöthige bemerkt werden.

Bezüglich der Reihenfolge der Aburtheilung verschiedener Streitpuncte desselben Processes gilt auch im Parteiproceß das allgemeine Princip, wonach die Vertheidigungsbehelfe des Beklagten nicht successive, je einer nach endurtheilmäßiger Erledigung des andern nachgeschoben werden dürfen, vielmehr das gesammte Vertheidigungsmaterial, wenn auch in concurrenten Behelfen gleicher Richtung und Wirksamkeit bestehend, stets auf einmal zur Aburtheilung durch dieselbe Entscheidung gestellt werden muß. Artikel 184 Absatz 1 Pr. O. [9]). Ebenmäßig gelten aber die von dieser Regel statuirten Ausnahmen auch für den Parteiproceß. Privilegirte Proceßeinreden, Artikel 185, 186, 188 Pr. O. [10]).

Der Vorsitzende oder Einzelnrichter hat erforderlichen Falls die Parteien durch angemessene Fragen zur Erläuterung, Berichtigung und Vervollständigung ihrer Erklärungen anzuhalten [11]), auf mögliche Prorogation aufmerksam zu machen [12]) u. s. w. Das Präjudiz eines fictiven Zugeständnisses ꝛc. bei blosem Schweigen ꝛc. gibt es nicht [13]). Die Vorschriften über die Wiederaufnahme der Verhandlung in dergleichen Fällen gelten auch für den Parteiproceß [14]).

Ein Sitzungsprotokoll wird nicht geführt. Auch ist die Hinterlegung von Anträgen nicht geboten. Den Parteien ist jedoch gestattet, vor Schluß der Verhandlung die dabei gestellten Anträge dem Vorsitzenden oder Einzelnrichter schriftlich zu übergeben [15]). Diese schriftlichen Anträge sind natürlich, wenn übergeben, dem Urtheil zu Grund zu legen, da in denselben das Parteivorbringen eine sichere Fixirung gefunden hat. In handelsgerichtlichen Sachen

8) Artikel 506 Absatz 1 Pr. O.
9) Vgl. §. 288.
10) Vgl. §. 289.
11) Vgl §. 169, § 226.
12) Artikel 39, 265 Pr. O.
13) Vgl. Artikel 164, 264 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §. 169, §. 226.
14) Artikel 274, 328 Pr. O. Vgl. §. 232.
15) Artikel 536 Pr. O.

höheren Belangs und schwieriger Natur empfiehlt sich die Uebergabe solcher Anträge und ist um so leichter, als in der Regel Advocaten plaidiren werden. Selbstverständlich hat sich übrigens der Vorsitzende oder Einzelnrichter während der Verhandlung seine schriftlichen Notizen zur Benützung bei der Urtheilsfällung zu machen. Auch der Gerichtsschreiber soll solche Notizen in entsprechender Weise kurz aufzeichnen.

2) Beweisführung in der Verhandlung.

Die Beweisführung richtet sich im Verfahren vor den Handels- und Einzelngerichten nach der Analogie der für das bezirksgerichtliche Verfahren geltenden Bestimmungen, soweit nicht Abweichungen besonders statuirt sind [16]).

Demgemäß ist, was die Beweisführung in der Verhandlung betrifft, auf das in den §§. 311—313 Gesagte zu verweisen. Es ist dabei namentlich an die Regel zu erinnern, daß auf Urkundenbeweis nur höchst ausnahmsweise interloquirt werden darf. Die näheren Vorschriften, welche hiezu das Gesetz noch für den Parteiproceß fügt, sind im Wesentlichen nur bezügliche Vollzugsnormen.

Hienach haben beide Theile die Urkunden, auf welche sie sich berufen, soweit möglich sogleich in Urschrift vorzulegen und sich zu erklären, ob sie die von der Gegenpartei vorgelegten Urkunden anerkennen oder bestreiten [17]). Wird eine Partei durch neue Behauptungen des Gegners in die unvorhergesehene Nothwendigkeit versetzt, eine ihr momentan nicht zur Hand stehende Urkunde zu produciren, oder wird eine von einem Dritten herrührende Urkunde vorgelegt, so kann hier der Product, dort der Producent Vertagung begehren.

Wird eine Urkunde nicht anerkannt oder als falsch angegriffen, so findet das Verfahren über die Aechtheit oder Fälschung in Consequenz der Artikel 11 und 31 der Pr. O. [18]) vor dem mit der Hauptsache befaßten Handels- oder Einzelngerichte nur statt, wenn die Urkunde einen Gegenstand betrifft, der gleichfalls zur Zuständigkeit dieses Gerichts gehört.

Betrifft aber die Urkunde durchweg oder theilweise einen zur Zuständigkeit dieses Gerichts nicht gehörigen Gegenstand, besteht m. a. W. die Möglichkeit, daß dieselbe auch noch für andere selbständige Ansprüche und Rechtsstreitigkeiten als den hier erhobenen vor anderen Gerichten in Betracht kömmt, so ist, vorausgesetzt, daß das Gericht nicht überhaupt ohne Inbetrachtnahme der fraglichen Urkunde entscheiden kann [19]), das Aechtheitsverfahren vielmehr unumgänglich erscheint, das angegangene Gericht hiefür nicht competent. Wurde z. B. beim Einzelngericht eine Urkunde über mehr als 150 fl. producirt, so erscheint das Bezirksgericht und, wenn das beurkundete Geschäft ein Handelsgeschäft ist, das Handelsgericht zunächst für das Aechtheitsverfahren zuständig. Eine solche Urkunde kann

16) Artikel 524 Pr. O.
17) Artikel 506 Absatz 1 Pr. O.
18) Vgl. §§. 80—85.
19) Artikel 266 Pr. O.

Geschäfte verschiedener Art, neben gewöhnlichen Civilgeschäften Handelsgeschäfte, neben Geschäften höheren solche geringeren Belangs u. dgl. umfassen. Wird nur ein Theil der Urkunde als gefälscht, bezw. nur ein einzelnes dieser Geschäfte bekämpft, so beschränkt sich die Competenzfrage hierauf. Kömmt die Urkunde lediglich für die Activlegitimation (Cession) in Betracht, so ist dies kein Grund, die Zuständigkeit z. B. des angegangenen Handelsgerichts für den Aechtheitspunct aufzuheben, auch wenn jene Cession ꝛc. an sich kein Handelsgeschäft war, sondern nur die Uebertragung einer Handelsforderung bezielte. Darauf ob die zum obigen Beispiel gewählte Urkunde im vorwürfigen Streit nach ihrem ganzen Werth oder nur theilweise in Betracht zu ziehen, kömmt es nicht an. Die Zuständigkeit des Einzelnrichters erstreckt sich auch dann nicht auf das Aechtheitsverfahren, wenn die Aechtheitserklärung in diesem Proceß eine Wirkung über 150 fl. hinaus nicht, aber für andere Rechtsstreitigkeiten derselben Parteien noch Relevanz hätte, mögen solche zur Zeit auch noch gar nicht anhängig sein. Dagegen bleibt, wenn die Urkunde auch über mehr als 150 fl. errichtet worden, das Geschäft im Uebrigen aber gänzlich fällt und die Frage der Urkundenächtheit nur mehr für einen 150 fl. nicht übersteigenden Rest zu ventiliren ist, das Einzelngericht auch für den Aechtheitspunct zuständig [20]).

Der Grund, warum in dem vorausgesetzten Falle das angegangene Gericht über den Aechtheitspunct nicht cognosciren darf, liegt in der Absicht des Gesetzes zu verhindern, daß über die nämliche Urkunde unter denselben Parteien das Aechtheitsverfahren bei verschiedenen Gerichten wiederholt durchgeführt und die Urkunde vielleicht hier für ächt, dort für falsch erklärt wird [21]).

Steht hienach im einzelnen Falle fest, daß das angegangene Gericht für das nöthig gewordene Aechtheitsverfahren nicht zuständig ist, so hat der Vorsitzende oder Einzelnrichter die Urkunde mit seinem Namenszuge zu bezeichnen und das Gericht hat Urtheil dahin zu erlassen, es seien die Parteien zur Einleitung und Durchführung des Verfahrens über die Aechtheit oder Fälschung (Artikel 372 ff. Pr. O.) vor dasjenige Gericht zu verweisen, welches seiner Gattung nach die Zuständigkeit über den Gegenstand besitzt, der in der angefochtenen Urkunde oder bekämpften Stelle dieser Urkunde fixirt ist. Auf diesen Ausspruch (Incompetenzerklärung) hat sich das Verweisungsurtheil zu beschränken. Es ist Sache der Parteien, das hienach zuständige Gericht, Bezirksgericht (Artikel 2) oder Handelsgericht (Artikel 7 Absatz 2 Pr. O.) aufzusuchen und anzugehen. Jede Partei ist hiezu berechtigt. Ihr im Wege eines Zwischenstreites einzubringender Antrag hat sich natürlich darauf zu beschränken, es wolle die betreffende Urkunde ꝛc. für ächt oder gefälscht erklärt werden oder umgekehrt.

Das für den Aechtheitspunct zuständige Gericht kann aber zugleich für die bei dem erstangegangenen Gericht anhängige Hauptsache competent werden, wenn nach Maßgabe des Artikel 11 der Pr. O. auch die Ueberweisung dieser im concreten Falle stattzufinden hätte.

20) Vgl. Abg. Prot. IV, 110, 334—336.
21) Abg. Prot. IV, 335.

Vgl. §. 80 u. ff. Dann erkennt dieses Gericht mit dem Urtheil über den Aechtheitspunct zugleich über die Hauptsache[22]), letzteres auch dann, wenn jetzt die Anfechtung der Urkunde aufgegeben würde[23]). Selbstverständlich treffen solchen Falls die schuldige Partei die Mehrkosten, welche auf die Ueberweisung und das etwa kostspieligere Verfahren vor diesem Gerichte erwuchsen, nicht minder die Strafen muthwilliger Abläugnung[24]).

Bei welchem Gerichte immer und in welchem Rechtsstreite unter denselben Parteien fragliche Urkunde künftighin in Betracht kömmt, ist das in solcher Weise früher über deren Aechtheit erlassene Urtheil maßgebend.

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß die in Artikel 392 der Pr. O. erwähnten Requisitionen, weil bei den Handels- und Einzelngerichten Staatsanwälte nicht angestellt sind, durch den Gerichtsvorstand oder Einzelnrichter besorgt werden müssen[25]).

3) Bezüglich des Beweisanerbietens in der Verhandlung kommen die einschlägigen Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens analog zur Anwendung. Vgl. §§. 314—316, Artikel 324 Pr. O.[26]).

IV. Anlangend endlich den Schluß der Verhandlung, so gelten hiefür die allgemeinen Vorschriften.

Dasselbe gilt vom rechtlichen Charakter der Verhandlung bezw. der ersten Verhandlung[27]). Folgerecht ist für den Parteiproceß das in den §§. 290 und 317 dargestellte Princip maßgebend, wonach jede Partei alle concurrenten Angriffs- und Vertheidigungsbehelfe, welche ihr für das zur selben Aburtheilung zu verstellende Streitmaterial[28]) zu Gebote stehen, spätestens bis zum Schluß der dem Endurtheil unmittelbar vorhergehenden Verhandlung geltend machen muß, aber auch geltend machen darf[29]), m. a. W. damit an eine feste Stelle im Verlaufe des Gesammtverfahrens, an eine bestimmte Reihenfolge nicht gebunden ist.

Aber auch die von dieser Regel bestehenden Ausnahmen, welche in den §§. 291, 318 und 319 dargestellt sind, haben Geltung für den Parteiproceß. Nur ist die Stelle, an welcher die betreffenden Vorbringen bei Meidung des Ausschlusses geltend zu machen sind, hier eine andere, als im Verfahren mit vorbereitendem Schriftenwechsel.

1) Klagänderungen[30]), sowie solche Einreden gegen die Klage,

---

22) Artikel 528 Pr. O. Vgl. §. 82 ff. Dieser Fall ist allerdings dann nicht möglich, wenn das Aechtheitsverfahren zu einer beim Handelsgericht anhängig gewordenen Sache beim Bezirksgericht zu pflegen ist. Das Handelsgericht hat in solchen Fällen das Verfahren auszusetzen, bis das Bezirksgericht den Aechtheitspunct entschieden hat, worauf beim Handelsgerichte die Erledigung der Hauptsache von den Parteien zu betreiben ist.

23) Artikel 11 Absatz 3 Pr. O.

24) Vgl. §. 339.

25) Artikel 529 Pr. O.

26) Artikel 524 Pr. O.

27) Vgl. §§. 288—292, 317—319.

28) Vgl. §§. 288, 289.

29) Vorbehaltlich der Haftung für die aus Verzögerungen entstandenen besonderen Kosten und Schäden.

30) Vgl. §. 286.

welche vor den Bezirksgerichten an einen bestimmten Abschnitt des Verfahrens gebunden sind (Proceßeinreden)[31]), können vor den Handels- und Einzelngerichten bis zum Schlusse der ersten Verhandlung geltend gemacht werden[32]).

Es liegt dies in der Natur einer mündlichen Verhandlung, die immer als ein Ganzes angesehen werden muß, weil sie nicht aus bestimmt abzugränzenden Bestandtheilen besteht, so daß an eine Reihenfolge oder Ordnung der Vorbringen in derselben kein Nachtheil angeknüpft werden kann[33]). Dies gilt selbst für den Fall, wenn die Verhandlung zur Fortsetzung vertagt wurde. An den Abbruch der zwar begonnenen, aber nicht ihrem Zweck entsprechend zum Schluß geführten Verhandlung knüpft sich auch für Klagsänderungen und Proceßeinreden keinerlei Präjudiz[34]).

Anders, wenn die erste Verhandlung zweckentsprechend durchgeführt wird und, mag sie auch nicht hinreichen, die Sache bis zum Endurtheil zu bereifen, mindestens doch zu einem vorläufigen Abschluß in einem Beweis- oder Eidesinterlocut führt. In solchem Fall ist der Schluß der ersten Verhandlung die Stelle, bis zu der spätestens Klagänderungen und Proceßeinreden geltend gemacht sein müssen, wenn sie nicht vom Processe (nicht blos von der Instanz) ausgeschlossen sein sollen.

Selbstverständlich werden aber auch von diesem Präjudiz nicht betroffen jene Einreden, welche erst nach Schluß der ersten Verhandlung entstanden oder von Amtswegen zu berücksichtigen sind oder nach besonderer Gesetzesvorschrift in jedem Stand der Sache geltend gemacht werden dürfen[35]).

2) Für Widerklagen ist das Recht auf gleichzeitige Verhandlung mit der Hauptklage im handels- und einzelnrichterlichen Verfahren gleichfalls an die Voraussetzung geknüpft, daß sie spätestens bis zum Schlusse der ersten Verhandlung in dem unter Ziffer 1 bezeichneten Sinne erhoben werden. Es gilt hieher Alles dasjenige, was für Widerklagen im abgekürzten Anwaltsproceß bemerkt worden ist. Vgl. §. 230, §. 291 Ziffer IV, §. 318 Ziffer IV.

## §. 390.

I. Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Erlassung eines Beweisurtheils findet sinngemäße Anwendung, was in den §§. 320 und 321 gesagt ist.

Für die Urtheilsfällung gelten die bezüglichen Vorschriften vom Endurtheil. Vgl. §. 392.

Anlangend den nothwendigen Inhalt des Beweisurtheils und dessen

31) Vgl. §. 291 Ziffer I und II.
32) Artikel 506 Absatz 2 Pr. O.
33) Abg. Prot. I, 254.
34) Abg. Prot. II, 258.
35) Artikel 184 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §. 291 Ziffer III. Abg. Prot. I, 254. Für die Ablehnung von Gerichtspersonen gilt auch im Parteiproceß die Sondervorschrift des Artikel 44 der Pr. O.

rechtlichen Charakter, so findet dasjenige analoge Anwendung, was hierüber bei Darstellung des bezirksgerichtlichen Verfahrens bemerkt ist [1]). Vgl. §§. 322—325. Diese Bestimmungen erleiden nur in zwei Puncten eine Modification bezw. Ergänzung:

1) Wo im Verfahren vor den Handelsgerichten mit der Beweisaufnahme ein Gerichtsmitglied zu beauftragen ist, muß hiezu ein rechtskundiges gewählt werden [2]).

2) Ordnet das Einzelngericht eine von ihm selbst [3]) außerhalb der Sitzung aber in seinem Sprengel vorzunehmende Beweiserhebung an, z. B. eine Zeugenvernehmung, einen Augenschein mit oder ohne Expertenzuziehung, so hat es im Beweisurtheil zugleich Zeit [4]) und Ort der Aufnahme festzusetzen [5]).

II. Für die Handelsgerichte ist eine eigenthümliche Art von Vorbescheid oder Zwischenurtheil vorgesehen [6]).

1) In Rechnungssachen und sonst verwickelten Fällen können die Handelsgerichte statt eines Definitiv-, Beweis- oder Endurtheils in der Hauptsache einen Vorbescheid dahin erlassen, es seien die Parteien zunächst vor Sachverständige zu verweisen.

Diese Sachverständigen ernennt das Gericht im Urtheil. Dagegen wird ein Richtercommissär zum Urtheilsvollzug nicht ernannt [7]). Auch finden die Bestimmungen des XIII. Hauptstücks der Pr. O. hieher wohl nur Anwendung, insoweit sie die Gutachtensabgabe betreffen, nach der Natur der Sache sich als anwendbar darstellen und überdies nicht im XVII. Hauptstück durch besondere Normen ersetzt sind [8]). Namentlich findet weder Einweisung noch Beeidigung der Sachverständigen statt [9]).

2) Ist ein dergleichen Urtheil erlassen, so kann jede Partei die Sache weiter betreiben.

Sie hat sich zu diesem Zweck eine Urtheilsausfertigung zu erholen, diese den Sachverständigen zur Verständigung über ihren Auftrag vorzulegen und von denselben zum Vollzuge Tagfahrt anberaumen zu lassen. Einigt sie sich mit der Gegenpartei zum freiwilligen Erscheinen bei der Tagfahrt, so hat es hiebei sein Bewenden. Andernfalls muß sie derselben das Urtheil mit der Tagfahrtsanberaumung und Ladung durch Gerichtsvollzieheract zustellen lassen [10]).

3) Aufgabe der Sachverständigen ist, die Parteien mit ihrem Vorbringen nochmals zu vernehmen und sich alle betreffenden Urkunden, Bücher, Rechnungen, sonstige Belege und Behelfe vorlegen zu las-

1) Artikel 524 Pr. O.
2) Artikel 526 Pr. O.
3) Hat die Beweiserhebung durch ein anderes Gericht, einen anderen inländischen Einzelnrichter oder ein ausländisches Gericht zu geschehen, so gilt die allgemeine Regel. Artikel 334 Pr. O.
4) Vgl. Artikel 334 Pr. O.
5) Artikel 525 Absatz 1 Pr. O.
6) Artikel 513 Absatz 4 Pr. O. Vgl. Code de procéd. Artikel 429.
7) Abg. Prot. IV, 103.
8) Abg. Prot. II, 278.
9) Abg. Prot. IV, 103.
10) Abg. Prot. a. a. O.

sen, um das Sachverhältniß gründlich aufzuhellen, das Strittige vom Nichtstrittigen zu sondern und zu constatiren ꝛc., hiemit eine Grundlage zu Vermittlungsvorschlägen an die Parteien, wenn sie beide erschienen sind, zu gewinnen und, wenn die Sühne mißlingt, wenigstens eine Basis für das von ihnen alsdann abzugebende Gutachten zu haben [11]).

Erscheint ein Theil [12]) trotz richtiger Ladung nicht, so ist zwar der Sühneversuch unmöglich, die Ausführung des Commissoriums im Uebrigen aber, die Vernehmung des erschienenen Theils und die Gutachtensabgabe auf Grund einseitiger Verhandlung ꝛc. keineswegs behindert. Der Ungehorsam bildet eine Thatsache, aus welcher gegen den Ausgebliebenen die sachgemäßen Folgen nach richterlichem Ermessen zu ziehen sind [13]).

Ueber die Vornahme des ganzen Geschäfts müssen die Sachverständigen Protokoll errichten, welches von den Parteien zu unterzeichnen ist. Kam ein Vergleich zu Stande, so ist dieser zu protokolliren und sind bezüglich seiner Erfordernisse und Wirksamkeit die allgemeinen Bestimmungen maßgebend [14]). Andernfalls bilden den Protokollsinhalt die Vernehmungen der Parteien ꝛc. Wenn das Protokoll den allgemeinen Erfordernissen solcher entspricht, so hat es die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde. Immerhin stehen aber die Constatirungen desselben über Parteierklärungen, Geständnisse [15]), Anerkenntnisse und Verzichte wenigstens dann im richterlichen Ermessen [16]), wenn von den Parteien oder einer derselben die Unterschrift verweigert worden ist [17]).

An das Protokoll ist das Gutachten der Sachverständigen anzureihen. Es hat sich über den thatsächlichen Stand der Sache, die Fixirung dessen, was unbestritten und was bestritten ist, und hinwieder darüber, was von bestrittenen Thatsachen gleichwohl als wahr, wahrscheinlich, ungewiß oder unwahrscheinlich zu erachten sei, nicht minder über bestehende Handelsgebräuche, über die Begründung und Angemessenheit von Entschädigungsposten u. s. w., nicht aber über eigentliche Rechtsfragen zu verbreiten.

Protokoll mit Gutachten ist auf der Gerichtsschreiberei des Proceßgerichts zu hinterlegen. Hierauf ist

4) Die Verhandlung in der Hauptsache vor Gericht wieder aufzunehmen [18]) und Urtheil zu erlassen. Es kann ein Definitiv-, aber auch ein Beweis- oder Eidesurtheil ergehen. Das Protokoll der Sachverständigen dient dem Gericht im Allgemeinen als Anhaltspunct.

Freilich ist dieses Verfahren vom Gesetze lückenhaft normirt. In die-

---

11) Abg. Prot. II, 278.
12) Haupt- oder Nebenpartei, Intervenient, Gewährschaftskläger oder Beklagter ꝛc.
13) Abg. Prot. II, 278.
14) Abg. Prot. II, 265, 278.
15) An sich haben die vor den Sachverständigen abgelegten Geständnisse die Natur gerichtlicher, nicht blos außergerichtlicher Geständnisse.
16) Abg. Prot. II, 278.
17) Vgl. Artikel 166 Absatz 4 Pr. O.
18) Artikel 344 Pr. O.

ser Beziehung muß die Natur der Sache in jedem einzelnen Falle den Ausschlag geben [19]).

## III. Capitel.

## Schlußverhandlung auf selbständige Beweisführung [1]).

### §. 391.

I. Auf das Verfahren bei Erhebung primärer Beweismittel finden vor den Handels- und Einzelngerichten die in den §§. 326—339 dargestellten Grundsätze [2]) mit folgenden Modificationen sinngemäße Anwendung:

1) Im Verfahren vor Einzelngerichten findet in der Regel eine Ausfertigung und Zustellung des Beweisurtheils nicht statt [3]), so daß die bezüglichen Verzögerungen und Kosten der betreibenden Partei erspart bleiben. Ist freilich ein anderer Einzelnrichter oder ein ausländisches Gericht durch das Urtheil mit der Beweisaufnahme betraut, so kann eine Urtheilsausfertigung schon darum nicht entbehrt werden, weil solche zum Vollzuge des Commissoriums für den beauftragten Richter nothwendig ist.

---

19) Abg. Prot. IV, 103.

1) Quellen zu Artikel 525 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 181; III, 57.
Abg. Prot. II, 270, 352, 375; IV, 107, 155.
R. Ref. I, 29; II, 187.
R. Prot. II, 255; IV, 62.
Quellen zu Artikel 526 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 57.
Abg. Prot. II, 279, 352, 376; IV, 107, 155.
R. Ref. I, 29; II. 187.
R. Prot. II. 255; IV, 62.
Quellen zu Artikel 527 Pr. O.:
Abg. Ref II, 181, 192.
Abg. Prot. II, 270, 279, 352, 376.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 255.
Quellen zu Artikel 530 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 184.
Abg. Prot. II, 272—273, 352, 376.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 259.
Quellen zu Artikel 531 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 185; III, 58.
Abg. Prot. II, 273, 279, 352, 376; IV, 111, 155.
R. Ref. I, 29, 104; II, 188—189.
R. Prot. II, 259; IV, 63.
Quellen zu Artikel 532 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 182—183.
Abg. Prot. II, 271, 352, 376.
R. Ref. I, 29.
R Prot. II, 259—260.

2) Artikel 524 Pr. O.

3) Artikel 525 Absatz 2 i. f. Pr. O.

Vor den Handelsgerichten bleibt es in dieser Beziehung durchweg bei den Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens [4]). Vgl. §. 326.

2) Hinsichtlich der Festsetzung der Beweiserhebungstagfahrt gilt, von der bereits erwähnten Vorschrift in Artikel 525 Absatz 1 der Pr. O. (§. 390 Ziffer I, 2) abgesehen, nichts vom bezirksgerichtlichen Verfahren Abweichendes. Vgl. §§. 327—329.

Hat im einzelnrichterlichen Verfahren ein anderer Einzelnrichter als jener des Proceßgerichts (committirter Richter) das Zeugenverhör vorzunehmen, so läuft die Beweisbetriebsfrist (Artikel 406 Absatz 1 Pr. O.) selbstverständlich von der Publication des Beweisurtheils [5]).

3) Für die Kundmachung der Beweisaufnahmstagfahrt an die Gegenpartei gelten vor den Handelsgerichten die Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens [6]). Vgl. §. 330.

Vor den Einzelngerichten gilt, wenn die Beweisaufnahmstagfahrt im Urtheile festgesetzt ist, diese Festsetzung als Kundmachung über Ort und Zeit der Beweisaufnahme und als Ladung der Parteien, letztere mögen bei der Publication persönlich oder durch Vertreter oder auch gar nicht erschienen sein; doch kann [7]) das Gericht in einzelnen Fällen eine besondere Kundmachung oder Vorladung und zugleich verfügen, wieviel Zeit dem Geladenen zum Erscheinen frei zu lassen sei. Ladungsfrist. Ist aber ein beauftragter Richter (dritter Einzelnrichter, ausländischer Richter) mit der Beweisaufnahme betraut, so muß zu der von diesem auf das bezügliche Betriebsgesuch [8]) festgesetzten Beweisaufnahmstagfahrt die Gegenpartei unter Zustellung des betreffenden Beschlusses mit Einhaltung der gesetzlichen Frist [9]) geladen werden [10]).

4) Bezüglich der Zeugendenomination (Beweisantretung) besteht gegenüber den Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens (§. 331) nur die eine Modification, daß die dort achttägige Dauer der Denominationsfrist (Artikel 412) vor Handels- und Einzelngerichten auf drei Tage beschränkt ist [11]).

5) Für die Ladung der Zeugen und Sachverständigen (§§. 332—334) besteht nur die Abweichung, daß es vor Handels- und Einzelngerichten einer Mittheilung des Beweissatzes an die Zeugen (Artikel 409 Absatz 2) nicht bedarf [12]). Zeugen und Sachverständige können auch freiwillig (ohne Ladung) erscheinen [13]).

---

4) Artikel 525 Absatz 3 Pr. O.
5) Argum. Artikel 524, 525 Pr. O.
6) Artikel 525 Absatz 3 Pr. O. In diesem Absatz war auch Artikel 339 der Pr. O. zu allegiren.
7) Vorbehaltlich der das Verbindungsurtheil betreffenden Bestimmungen des Artikel 523 Absatz 4 Pr. O. Hierüber im VIII. Buche.
8) Artikel 397 Absatz 2, Artikel 406, 438 Absatz 2 Pr. O.
9) Artikel 338 Pr. O.
10) Artikel 339 Pr. O.
11) Artikel 530 Absatz 1 Pr. O.
12) Artikel 530, Absatz 2 Pr. O.
13) Abg. Prot. II, 271.

6) Die Beweisaufnahme selbst richtet sich ganz nach den Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens (§§. 335—338).

Selbstverständlich aber können die Parteien im Verfahren vor Handels- und Einzelngerichten wie der Verhandlung, so der Beweisaufnahme persönlich allein oder mit einem beliebigen Beistand oder auch durch gewöhnliche Bevollmächtigte beiwohnen [14]). Letztere sind, auch wenn es Advocaten wären, von der Vorlage des Vollmachtsnachweises nicht befreit.

7) Für den Beweis durch Schriftvergleichung gilt nichts Abweichendes (§. 339).

II. Für die Schlußverhandlung, das etwaige Eidesinterlocut, die Eidesabnahme und Eidesschlußverhandlung gelten die Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens (§§. 340—349) mit folgenden Modificationen:

1) Am Schlusse des Beweisverfahrens hat das Gericht Tag und Stunde der Schlußverhandlung festzusetzen, wenn letztere nicht, was Regel ist [15]), sogleich stattfinden kann [16]) und soferne diese Festsetzung nicht schon früher geschah [17]).

Im Verfahren vor den Einzelngerichten kann, wenn eine Beweisaufnahme außerhalb des Gerichtssitzes stattgefunden hat, zur weiteren Verhandlung und zur Verkündung des Urtheils sogleich an dem Orte geschritten werden, wo die Beweisaufnahme vor sich gieng [18]). Da dies eine gesetzliche Bestimmung ist, welche zu kennen die Parteien verpflichtet sind, so treten, im Falle eine Partei ausbleibt, die Folgen der Versäumung ein, mag sie auch auf diesen Zweck der Tagfahrt nicht besonders aufmerksam gemacht worden sein. Doch ist es angemessen, im Beweisurtheile (Artikel 525 Absatz 1 init.) dieser Eventualität ausdrücklich zu erwähnen. Auf die Urtheilsfällung, Verkündung, den Eintrag im Urtheilsbuche ꝛc. finden die gewöhnlichen Vorschriften Anwendung, geradeso, als sei das Urtheil in der Sitzung gesprochen worden.

2) Wird sich ausschließend oder doch, wenn die Erhebung primärer Beweismittel resultatlos geblieben ist, in der Schlußverhandlung der Eideszuschiebung bedient, so sind:

a) Die erforderlichen Parteierklärungen über die Zulässigkeit und Erheblichkeit der Delation, über Eidesannahme und Relation sowie über die Zulässigkeit der letzteren, endlich über den Eidessatz sofort in der Sitzung abzugeben, in welcher die Delation stattfindet. Doch kann nach richterlichem Ermessen zur Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung des Eides eine besondere Sitzung festgesetzt (Vertagung bewilligt) werden, so z. B. wenn

14) Artikel 527 Pr. O.
15) Artikel 344 Pr. O.
16) Artikel 525 Absatz 1 Pr. O.
17) Es ist statthaft, in Fällen, in welchen die Beweiserhebung durch einen beauftragten Richter, selbst im Auslande zu geschehen hat, von vorneherein im Beweisurtheil die Schlußverhandlungstagfahrt anzuberaumen. Können hier die gepflogenen Beweiserhebungen noch nicht benutzt werden, weil sie noch nicht eingelangt, vielleicht noch nicht beendigt sind, so muß freilich die Sitzung vertagt werden. Diese Praxis bestand in der Pfalz.
18) Artikel 532 Pr. O.

es sich um Thatsachen handelt, von welchen Delat persönlich eigenes Wissen nicht hat oder wenn derselbe in der betreffenden Sitzung nur durch einen Bevollmächtigten vertreten ist [19]).

b) In der nämlichen Sitzung, in welcher die vorbezeichneten Erklärungen abgegeben werden, ist das Urtheil über die Zulässigkeit der Delation oder Zurückschiebung des Eides und die definitive Festsetzung des Eidessatzes zu erlassen und für die Regel zur sofortigen Eidesabnahme zu schreiten, wenn der Schwurpflichtige persönlich anwesend ist. Andernfalls ist eine besondere Sitzung zu diesem Zweck anzuberaumen. Letzteres kann nach richterlichem Ermessen aus besonderen Gründen auch dann geschehen, wenn der Schwurpflichtige in Person anwesend war [20]). Würde der Schwurpflichtige, nachdem sein Vertagungsantrag abgewiesen wurde, gleichwohl nicht schwören, so gilt der Eid als verweigert.

Ist an der zum Zwecke der Eidesleistung ausdrücklich anberaumten Tagfahrt statt des Schwurpflichtigen nur dessen Bevollmächtigter erschienen u. s. w., so gelten die Grundsätze des bezirksgerichtlichen Verfahrens [21]), bei welchen es überhaupt in allen von den vorerwähnten modificirenden Bestimmungen nicht betroffenen Puncten (Artikel 460, 463 Pr. O.) verbleibt.

## IV. Capitel.

## Beendigung des Rechtsstreits.

### §. 392 [1]).

Die regelmäßige Beendigungsart des Rechtsstreits bildet das richterliche Definitivurtheil. Was nun

---

19) Abg. Prot. II, 273.
20) Artikel 531; vgl. Artikel 532 Absatz 1 i. f. und Artikel 532 Pr. O.
21) Abg. Prot. II, 352.
1) Quellen zu Artikel 512 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—180, 192.
Abg. Prot. II, 263, 277, 352, 374; IV, 103, 152.
R. Ref. I, 27; II, 183.
R. Prot. II, 252; IV, 61.
Quellen zu Artikel 513 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 192—193.
Abg. Prot. II, 263, 265, 277, 278, 352, 374; IV, 103, 153.
R. Ref. I, 27.
R. Prot. II, 252.
Quellen zu Artikel 514 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—179, 180, 192; III, 56.
Abg. Prot. II, 263, 277, 352, 374, 453; IV, 103, 153.
R. Ref. I, 27, 101.
R. Prot. II, 252.
Quellen zu Artikel 515 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—180, 192; III, 56.
Abg. Prot. II, 263-264, 277—278, 352, 374; IV, 104—105, 153.

I. die Urtheilsschöpfung betrifft, so bedingt der Umstand, daß die Stadt- und Landgerichte einzelnrichterlich, die Handelsgerichte unter Zuziehung technischer Richter verhandeln und aburtheilen, gewisse Modificationen des bezirksgerichtlichen Verfahrens.

a) Hinsichtlich der Zeit, wann das Endurtheil zu schöpfen, gelten die Vorschriften des Anwaltsprocesses. Es ist sohin auf dasjenige zu verweisen, was in §. 350 über die Bereiftheit der Sache zur endlichen Aburtheilung, über die Unstatthaftigkeit der Einschiebung weiterer Proceßhandlungen zwischen Verhandlungsschluß und Urtheilsfällung, endlich über den Grundsatz gesagt wurde, daß das liquidum durch das illiquidum nicht gesperrt werden darf [2]).

b) Der Grundsatz, daß an der Urtheilsfällung alle, aber auch nur Richter theilzunehmen haben, welche bei der der Urtheilsfällung vorausgegangenen Verhandlung mitwirkten [3]), findet auf das handelsgerichtliche Verfahren directe, auf das einzelnrichterliche sinngemäße Anwendung [4]).

c) Von einer Berathung und Abstimmung kann nur beim Handelsgericht, nicht beim Einzelngericht die Rede sein.

Daß das Einzelnmaterial wie der Gesammteindruck der Verhandlung die Grundlage sowohl jener Berathung und Abstimmung als der Urtheilsschöpfung des Einzelnrichters bildet, versteht sich von selbst.

Das Urtheil soll bei den Handels- und Einzelngerichten in der Regel sogleich nach der Verhandlung berathen bezw. erlassen und verkündet werden. Auch wenn die Beurtheilung der Sache besondere Schwierigkeiten darbietet, kann das Gericht die Verkündung des Urtheils nur auf eine spätere Stunde des nämlichen Tags oder in eine der nächsten Sitzungen vertagen. Die in Bezug genommenen Urkunden und die etwa vorhandenen sonstigen Parteiacten sind in solchen Fällen [5]) dem Richter oder Vor-

---

R. Ref. I 28, 101; II, 183—184.
R. Prot. II, 252—254; IV, 61.
Quellen zu Artikel 516 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—180, 192—193; III, 57.
Abg. Prot. II, 263—264, 277—278, 352, 374; IV, 104, 106, 153.
R. Ref. I, 28—29, 101; II, 184.
R. Prot. II, 254; IV, 61.
Quellen zu Artikel 517 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—180, 192; III, 57.
Abg. Prot. II, 263—264, 277—278, 352, 374; III, 53, 113, 129; IV, 104, 106, 153.
R. Ref. I, 28—29, 101; II, 184—185.
R. Prot. II, 254; IV, 61.
Quellen zu Artikel 518 der Pr. O.:
Abg. Prot. IV, 104, 106—107, 153.
R. Ref. II, 184—185.
R. Prot. IV, 61.

2) Artikel 512 Pr. O.
3) §. 351.
4) Artikel 512 Pr. O.
5) Wohl in allen Fällen, wenn es das Gericht verlangt.

sitzenden zu übergeben [6]). Wird die Urtheilspublication vertagt, so kann natürlich das Handelsgericht bis dahin die Berathung zu jeder beliebigen Zeit pflegen.

Hinsichtlich der Art der Urtheilsberathung und der Abstimmung bei den Handelsgerichten gelten die Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens, wie sie in §. 352 Ziffer II Nr. 1—3 und Ziffer III dargestellt wurden, mit der Modification, daß die Beisitzer aus dem Kaufmannsstande, vom jüngsten angefangen, ihre Stimmen zuerst abgeben, wenn jedoch ein Berichterstatter ernannt ist, stets dem Votum dieses nachgängig, — daß ferner die Handelsgerichte, namentlich weil durch technische Richter mitbesetzt, über das Vorhandensein von Handelsgebräuchen auf Grund eigner Kenntniß entscheiden können. Uebrigens sind sie auch befugt, ein besonderes Beweisverfahren darüber anzuordnen [7]). Freilich steht ein ähnliches Recht den Gerichten überhaupt und somit auch den Handelsgerichten schon nach allgemeinen Bestimmungen zu [8]). Die besondere Befugniß, welche der Artikel 513 den Handelsgerichten beilegt, hat Gegenstand, insofern es sich nicht sowohl um objectives Recht als um die in Uesancen bestehende Quelle für Berechtigungen handelt.

d) Bei den Handelsgerichten ist der Urtheilssatz sogleich nach der Abstimmung niederzuschreiben, der Genehmigung des Gerichts zu unterstellen und, wenn das Urtheil nicht sogleich verkündet wird, von sämmtlichen Richtern zu unterzeichnen [9]). Es gilt in dieser Beziehung Alles, was in §. 353 unter Ziffer I bemerkt ist.

e) Die vollständige Abfassung des Urtheils hat bei den Handels- und Einzelngerichten, wenn die Verkündung auf einen späteren Sitzungstag verschoben wurde, vor der Verkündung, wenn aber das Urtheil sofort oder doch am Tage der Verhandlung noch publicirt wird, spätestens drei Tage danach zu geschehen [10]).

Sie liegt bei den Einzelngerichten dem betreffenden Einzelnrichter ob.

Bei den Handelsgerichten ist sie von dem Vorsitzenden oder einem von ihm beauftragten rechtskundigen, mit dem Urtheil im Wesentlichen einverstandenen Richter zu entwerfen. Sodann ist das ganze Urtheil (nicht blos die Entscheidungsgründe, wie bei den Bezirksgerichten) in einem Zusammentritt sämmtlicher Richter, welche zu dem Urtheile mitgewirkt haben, abzulesen und der Genehmigung zu unterstellen. Ist ein Richter hiebei zu erscheinen gehindert, so kann, wenn über das Urtheil unter den übrigen betheiligten Richtern keine Meinungsverschiedenheit besteht, seine Zustimmung in geeigneter Weise erholt werden [11]). Es gilt Alles dasjenige, was in §. 353 unter Ziffer II, 1 bemerkt wurde.

Das vollständig abgefaßte Urtheil muß enthalten:

---

6) Artikel 514 Pr. O.
7) Artikel 513 Absatz 1 und 2 Pr. O.
8) Artikel 320, 321 Pr. O.
9) Artikel 512 Pr. O.
10) Artikel 515 Absatz 1 init. Pr. O. Vgl. Abg. Prot. 263—264.
11) Artikel 515 Absatz i. f. Pr. O.

1) die Bezeichnung des Gerichts, der Parteien, ihrer Bevollmächtigten oder Beistände [12]) und des Streitgegenstandes;
2) den Urtheilssatz;
3) eine gedrängte Darstellung des Sachverhalts [13]), sowie die Gesuche der Parteien, diese übrigens nur ihrem wesentlichen Inhalte nach, nicht nothwendig im Wortlaut [14]);
4) die Entscheidungsgründe;
5) den Tag der Urtheilsverkündung;
6) bei den Handelsgerichten die Namen der Richter und des Gerichtsschreibers, welche bei der Verkündung anwesend waren, falls aber die Anwesenheit aller Richter, welche zu dem Urtheile mitgewirkt haben, nicht möglich war, auch die Namen der abwesenden und den Grund der Abwesenheit, — bei den Einzelngerichten den Namen des Richters und des Gerichtsschreibers [15]).

II. Die Verkündung des Urtheils geschieht bei den Handels- und Einzelngerichten in der Sitzung durch wörtliche Verlesung des Urtheilssatzes und der Entscheidungsgründe. Der übrige Inhalt des Urtheils braucht, auch wenn dasselbe schon in vollständiger Abfassung vorliegt, nicht verlesen zu werden. Sind die Entscheidungsgründe bei der Verkündung noch nicht schriftlich abgefaßt, so genügt die Verlesung des Urtheilssatzes und die mündliche Entwicklung der Gründe. Im Uebrigen gilt das in §. 354 unter Ziffer II und III Gesagte.

Bei den Handelsgerichten haben der Verkündung alle Richter beizuwohnen, welche zu dem Urtheile mitgewirkt haben. Ist dieses wegen Todes oder Erkrankung einzelner Richter nicht möglich, so kann die Verkündung dennoch rechtswirksam geschehen [16]). Es findet das in §. 354 unter Ziffer I Bemerkte Anwendung.

Ist der Einzelnrichter, welcher die Verhandlung gepflogen hat, durch Tod oder aus anderen Gründen völlig außer Stand, die Urtheilspublication vorzunehmen, so muß die Verhandlung wiederholt werden. Ein Stellvertreter dürfte auch das bereits abgefaßte Urtheil nicht publiciren [17]).

III. Eintrag des Urtheils in das Urtheilsbuch.

1) Das Urtheil wird in das bei jedem Handels- und Einzelngericht und, wenn bei einem Handelsgericht mehrere ständige Senate, bei einem Einzelngericht mehrere selbständige Abtheilungen bestehen, bei jeder Senats- oder Einzelnrichter-Abtheilung besonders zu führende Urtheilsbuch [18]) durch den Gerichtsschreiber unter analoger Anwendung der für die Bezirksgerichte geltenden Vorschriften (Artikel 280 Absatz 1—4 Pr. O.) eingetragen [19]). Demgemäß ist auf das in §. 356 unter Ziffer I, 1—4 Bemerkte zu verweisen.

Der Eintrag wird bei den Einzelngerichten von dem Einzelnrichter und dem bei der Verkündung anwesenden Gerichtsschrei-

12) Statt der Anwälte im bezirksgerichtlichen Verfahren.
13) R. Ref. I. 28; R. Prot. II, 253.
14) Abg. Prot. II, 263.
15) Artikel 515 Absatz 2 Pr. O.
16) Artikel 512 Pr. O.
17) R. Ref. I, 27, 101.
18) Vgl. §. 264 und 355.
19) Artikel 516 Absatz 1 Pr. O.

der, bei den Handelsgerichten aber ganz so unterzeichnet, wie bei Einträgen in die bezirksgerichtlichen Urtheilsbücher[20]). Vergl. §. 356 Ziffer I, 5 und 6.

2) Was in §. 356 unter Ziffer II und hierauf bezüglich in §. 355 bemerkt ist, gilt auch für die Handels- und Einzelngerichte[21]).

IV. Hinsichtlich der Urtheilsausfertigung kommen im Parteiproceß die für bezirksgerichtliche Urtheile geltenden Vorschriften (§§. 361 und 362), jedoch mit folgenden besonderen Bestimmungen zur Anwendung[22]):

1) Auch die Bezeichnung der Parteien und ihrer Vertreter, der Sachverhalt und die gestellten Gesuche sind nach dem Eintrag im Urtheilsbuche in die Ausfertigung einzurücken, und zwar müssen, wenn bei Bezeichnung einer Partei in Gemäßheit des Artikel 280 Absatz 4 der Pr. O. eine Hinweisung auf einen früheren Eintrag stattgefunden hat, in der Ausfertigung sämmtliche bei dem Rechtsstreit betheiligte Personen auf Grund des früheren Eintrags nach Vor- und Familiennamen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung bezeichnet werden;

2) Bei den Einzelngerichten steht, wenn die Ertheilung einer Ausfertigung von dem Gerichtsschreiber oder von dem Gerichtsvorstande verweigert wird, der betreffenden Partei sofort das Rechtsmittel der Beschwerde an das vorgesetzte Bezirksgericht zu, und zwar gegen Verweigerungen des Gerichtsschreibers auch mit Umgehung des Gerichtsvorstandes. Doch kann der Letztere zuerst angegangen werden und der Gerichtsschreiber hat entstehenden Falles dessen Verfügungen zu vollziehen.

V. Läuteration des Urtheils.

Hinsichtlich der Abänderung von Urtheilen kommen bei den Handels- und Einzelngerichten die Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens (§§. 363 und 364), jedoch mit folgenden Abweichungen zur Anwendung:

1) Das Abänderungsbegehren ist nicht durch Schriftsatz (motivirten Antrag), sondern durch einen der Gegenpartei zuzustellenden Gerichtsvollzieheract zu erheben, welcher die abzuändernden Puncte, wo erforderlich mit kurzer Begründung, bezeichnen und Vorladung in eine bestimmte, vom Imploranten nach allgemeinen Grundsätzen freigewählte Sitzung unter Beobachtung der Ladungsfrist (Artikel 502) enthalten muß[23]). Die Parteien können übrigens auch ohne Ladung freiwillig in einer Gerichtssitzung erscheinen und das Abänderungsbegehren verhandeln (Artikel 505)[24]).

2) Die Verhandlung und Entscheidung des Abänderungsbegehrens richtet sich nach den Bestimmungen über den Parteiproceß (Hptst. XVII Pr. O.)[25]).

Da der Sachverhalt im Parteiproceß einen Bestandtheil des Urtheils (schon in Urschrift) bildet, so kann auch die Berichtigung bloser Schreib-

---

20) Artikel 516 Absatz 2 Pr. O.
21) Artikel 516 Absatz 3 Pr. O.
22) Artikel 518 Pr. O.
23) Vgl. §§. 387, 388.
24) Vgl. §. 388 Ziffer II.
25) Artikel 517 Pr. O.

fehler, sichtlicher Versehen in einzelnen Worten und Zahlen, sowie bloser Rechnungsfehler [26]) in der Sachverhaltsdarstellung auf dem Wege der Urtheilsläuteration begehrt werden. Eine Aenderung der Darstellung wegen angeblich falscher Auffassung der ihr zu Grund liegenden Sachverhältnisse aber kann auf diesem Wege nicht erwirkt werden.

## §. 393 [1]).

Was die Beendigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Abstand, Confusion der Parteien, Untergang des Proceßobjects und Proceßverjährung betrifft, so gilt für den Parteiproceß nichts Besonderes. Es genügt daher auf die §§. 365 ff. zu verweisen.

Hinsichtlich der Unterbrechung und Wiederaufnahme des Verfahrens finden die Vorschriften des bezirksgerichtlichen Processes [2]) mit den nachbezeichneten Modificationen auch auf das Verfahren vor den Handels- und Einzelngerichten Anwendung.

I. Da im Parteiproceß keinerlei Zwang besteht, sich vertreten zu lassen, so kann auch der Hinwegfall des aufgestellten Bevollmächtigten keinen Unterbrechungsgrund bilden. Deshalb findet hier die Bestimmung des Artikel 491 Ziffer 4 (und 494 Absatz 3) der Pr. O. keine Anwendung [3]).

Hienach reduciren sich für den Parteiproceß die Unterbrechungsfälle auf die in Artikel 490 und 491 Ziffer 1—3 der Pr. O. bezeichneten. Für das Verfahren vor den Einzelngerichten tritt aber auch ein weiterer Unterbrechungsfall hinzu. Das einzelnrichterliche Verfahren wird unterbrochen, wenn wegen Behinderung eines Einzelnrichters, der keinen Stellvertreter hat, gemäß Artikel 41 Absatz 2 der Pr. O. Mittheilung an das Obergericht erforderlich wird [4]). Im Uebrigen vgl. §. 368 Ziffer I u. II.

II. Das unterbrochene Verfahren wird in dem letztberührten Falle durch die Zustellung der nach Artikel 54 der Pr. O. erfolgten oberrichterlichen Anordnung [5]), — in den Fällen des Artikel 490 durch die Zustellung der betreffenden rechtskräftigen Entscheidung und in den Fällen des Artikel 491 Ziffer 1—3 durch die von Seiten des Neueintretenden an die

---

26) Artikel 282 Absatz 1 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 533 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 185, 192; III, 58.
Abg. Prot. II, 273, 279, 290—291, 352, 376; IV, 111, 115, 155.
R. Ref. I, 29, 104; II, 189.
R. Prot. II, 259—260; IV, 63.
Quellen zu Artikel 534 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 185, 192
Abg. Prot. II, 273, 279, 290—291, 353, 376.
R. Ref. I; II, 29, 104.
R. Prot. II, 259—260
Quellen zu Artikel 535 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 290—291, 353, 376; IV, 115—155, 336, 367.
R. Ref. I, 29, 104; II, 189.
R. Prot. II, 259—260; IV, 63.

2) Artikel 490—494 Pr. O. Vgl. §. 368 Ziffer I, II, III, 1 und 2 Litt. a.

3) Artikel 533 Absatz 1 Pr. O.

4) Artikel 533 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 281.

5) Artikel 533 Absatz 2 i. f. Pr. O.

Gegenpartei zugestellte Erklärung über die Wiederaufnahme des Verfahrens wiederaufgenommen [6]).

Uebrigens kann, wo die Unterbrechung erst mit der vom Proceßbevollmächtigten über die stattgehabte Veränderung an die Gegenpartei zu machenden Anzeige einzutreten hat (Artikel 491 Absatz 2), diese Anzeige und die Wiederaufnahme des unterbrochenen Verfahrens in allen Fällen auch durch mündliche Erklärung in der Sitzung geschehen [7]).

Bleibt die Partei, auf deren Seite die Unterbrechung eingetreten ist, in den Fällen des Artikel 491 Ziffer 1—3 mit der freiwilligen Wiederaufnahme säumig, so kann sie zur Fortsetzung des unterbrochenen Parteiprocesses durch eine bezügliche mittels Gerichtsvollzieheracts zuzustellende Aufforderung angehalten werden. Ist nach Sachlage in der Sitzung weiter zu verhandeln, so hat die bezeichnete Aufforderung zugleich Vorladung in eine Gerichtssitzung zu dem Zweck zu enthalten, damit die Verhandlung der Hauptsache nach Maßgabe des Standes, in welchem sie sich befindet [8]), fortgesetzt werde. Andernfalls d. h. wenn bei Eintritt der Unterbrechung nur eine Frist im Laufe, nicht aber auch eine Handlung in der Sitzung vorzunehmen war, fällt die Vorladung selbstverständlich hinweg [9]). An Erben kann die Aufforderung in der in Artikel 211 Absatz 2 der Pr. O. bezeichneten Weise zugestellt werden. Collectivzustellung [10]). Ein besonderer Ausspruch darüber, daß das Verfahren (im Ungehorsamsfalle) als wiederaufgenommen gelte, ist auch hier unnöthig. Schließlich ist noch zu bemerken, daß das Verfahren schon mit Zustellung der Aufforderung, nicht etwa erst nach Ablauf einer Erscheinungsfrist, als wiederaufgenommen gilt, so daß die früher unterbrochene Frist von dieser Zustellung an schon aufs Neue zu laufen beginnt [11]).

## II. Hauptstück.

# Das Ungehorsamsverfahren.

### I. Capitel.

### Versäumung [1]).

### §. 394.

I. Die allgemeinen Grundsätze, welche in §. 369 über das Wesen der Versäumung aufgestellt wurden, haben auch im Parteiproceß Geltung.

---

6) Artikel 494 init. Artikel 533 Pr. O. Vgl. §. 368 Ziffer III, 2 Litt. a.
7) Artikel 535 Pr. O.
8) Der Stand der Sache ist in der Aufforderung etwa in der Art zu bezeichnen, daß die beabsichtigten Anträge angegeben werden. Auch das die Unterbrechung veranlassende Ereigniß sowie die Person des Neueintretenden und deren Eigenschaft ist anzugeben.
9) Abg. Prot. II, 353.
10) Artikel 534 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 520 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—180, 192; III, 57.

Dasselbe gilt von den in §. 369 unter Ziffer III und in §. 370 dargestellten allgemeinen Folgen der Versäumung.

Anlangend die Specialfolgen des Ungehorsams (vgl. §. 371), so bedingt der Parteiproceß auch insoweit keine Abweichung von den Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens, als es sich um die Versäumung processualer Einzelhandlungen fragt.

Was aber die Versäumung der Verhandlung im Parteiprocesse betrifft, so sind zunächst einige allgemeine Bemerkungen von Wichtigkeit.

1) Die Bestimmungen, welche die Pr. O. über die Specialfolgen des Nichterscheinens bei der Verhandlung in den Artikeln 520—522, 346 mit 524 und 495 mit 534 aufstellt, finden selbständige Anwendung nicht blos auf Verhandlungen über die Hauptsache (au fond), gleichviel ob zugleich alle oder nur einzelne Hauptstreitpuncte (Präjudicialfragen) erledigt werden, sondern auch auf Separatverhandlungen über Proceßeinreden und sonstige processuale Vorfragen — desgleichen auf jene Verhandlungen au fond, welche nach separater Erledigung einer Präjudicial- oder sonstigen Vorfrage stattfinden [2]). Für eine restrictive Auslegung des Artikel 307 der Pr. O., wie sie die Natur des Anwaltsprocesses mit sich bringt [3]), besteht im Parteiproceß kein Grund. Uebrigens ist auch hier dasjenige zu beachten, was unter Ziffer 2 bemerkt werden wird.

Anlangend die verschiedene processuale Lage des Rechtsstreits, so finden auf erste Verhandlungen Artikel 520—522, auf Schlußverhandlungen Artikel 346 in Verbindung mit Artikel 520—522 [4]), auf Verhandlungen nach in contumaciam erfolgter Wiederaufnahme eines unterbrochenen Verfahrens Artikel 534 der Pr. O. Anwendung.

2) Da im Parteiprocesse Anwaltszwang nicht besteht, so fällt der Begriff der Versäumung mit dem Nichterscheinen der Partei selbst im Sinne des deutschen Rechts zusammen.

Auch jene Bestimmung des bezirksgerichtlichen Verfahrens, wonach der zwar erschienene aber nichthandelnde (hinterlegende) Anwalt als nicht erschienen gilt [5]), findet im Parteiproceß keine Anwendung. Ist der Beklagte überhaupt erschienen, so ist Verhandlung und Urtheil contradictorisch, auch wenn er Anträge nicht stellt, bezw. sich auf einen (verworfenen) Vertagungsantrag beschränkt.

---

Abg. Prot. II, 265—269, 279, 352, 374; IV, 107, 154, 334, 367.
R. Ref. I, 29, 101—102; II, 185—186.
R. Prot. II, 254; IV, 61—62.

Quellen zu Artikel 521 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—179, 192; III, 57.
Abg. Prot. II, 265—269, 279, 352, 375; IV, 107, 154.
R. Ref. I, 29, 102; II, 186.
R. Prot. II, 254—255; IV, 62.

2) Vgl. Artikel 307 Pr. O.
3) Vgl. §. 372.
4) Vgl. Artikel 524 Pr. O.
5) Artikel 253 Pr. O.

Die Weigerung des Erschienenen, sich zu erklären, steht nicht unter Artikel 520 der Pr. O., sondern fällt unter die Vorschrift des Artikel 164 Absatz 3.

Bleibt eine Partei bei einer vertagten Verhandlung aus, während sie in der früheren Sitzung erschienen war, so beantwortet sich die Frage, ob in solchem Fall Artikel 520 ff. oder Artikel 164 zur Anwendung komme, danach, ob die frühere Sitzung nur zur Fortsetzung der bereits begonnenen Verhandlung [6]) (Vertagung der Verhandlung) verlegt wurde, oder ob die Vertagung ohne jedes Eingehen in die Sache stattfand, so daß die Sachverhandlung selbst erst in der vertagten Sitzung ihren Anfang zu nehmen hat (Vertagung zur Verhandlung) [7]).

Ersterenfalls ist Verhandlung und Urtheil contradictorisch, da der späterhin Weggebliebene früher erschienen war, letzterenfalls contumacial. Im Zweifel ist allerdings zu präsumiren, daß zur Verhandlung vertagt wurde. Hienach ist auch zu entscheiden, wenn mit Erledigung des Hauptprocesses eine eigene Tagfahrt zur Verhandlung der Widerklage anberaumt wird, — wenn nach separater Erledigung einer Präjudicial- oder sonstigen Vorfrage zur Verhandlung der Hauptsache neue Sitzung angesetzt wird. Setzt aber das Gericht nach contradictorischer Erledigung der einen die andere Verhandlung sogleich in derselben Sitzung fort, so ist, wenn ein bisher gegenwärtiger Theil sich nun entfernt, ohne in diese Verhandlung einzutreten, das hierüber ergehende Urtheil contradictorisch [8]).

3) Da im Verfahren vor Handels- und Einzelngerichten Schriftenwechsel und Hinterlegung nicht stattfinden, so kann nur von der Versäumung der unmittelbar zur Verhandlung bestimmten Sitzung die Rede sein. Folgerecht beginnt die Ungehorsamsprocedur erst in der Tagfahrt.

4) Die möglichen Versäumungsfälle im Parteiproceß sind das Nichterscheinen des Klägers und des Beklagten. Eine Versäumung in Bezug auf die Widerklage ist nur denkbar, wenn die Widerklage schon vor der Verhandlung durch Gerichtsvollzieheract zugestellt wurde [9]). In diesem Falle gilt vom Widerbeklagten, wenn dieser bei der Verhandlung ausbleibt, dasjenige, was im gleichen Falle für den Beklagten [10]), und vom Widerkläger, wenn er bei der Verhandlung nicht erscheint, was im gleichen Falle für den Kläger [11]) Rechtens ist [12]).

---

6) Begonnen ist die Verhandlung, wenn sich die Parteien (gleichviel in welchem Umfang) bereits zur Sache ausgesprochen haben. Ob dies der Fall war, ist s. Zt. im Sachverhalt mitzuconstatiren.

7) Vgl. Artikel 520 Absatz 1 Pr. O.

8) R. Ref. I, 101—102. R. Prot. II, 254; Abg. Prot. II, 267.

9) Artikel 510 Absatz 1 Pr. O.

10) Artikel 520 Pr. O. Sieh' folgende Ziffer II.

11) Artikel 521 Pr. O. §. 395.

12) Abg. Prot. II, 268.

II. Auch wenn der Beklagte beim Aufruf der Sache in der Sitzung weder persönlich noch durch einen mit legalem Vollmachtsnachweis versehenen Vertreter erschienen ist, kann

1) die einseitige Verhandlung des Rechtsstreits vereitelt werden.

Sind nämlich dem Gericht Umstände bekannt, welche den Beklagten in die Unmöglichkeit zu erscheinen oder einen Bevollmächtigten aufzustellen versetzten, — oder ist die auf abgekürzte Frist ergangene Vorladung (Artikel 502 Absatz 2) so spät erfolgt, daß dem Beklagten das Erscheinen nicht wohl mehr zugemuthet werden konnte: so kann das Gericht die Verhandlung aussetzen und die nochmalige Vorladung des Beklagten anordnen. Es bestimmt dann zugleich die Zeit, welche zwischen der Vorladung und der Sitzung in Mitte liegen muß (Ladungsfrist, Artikel 502) [13], kann auch in Verbindung hiemit sofort neue Tagfahrt anberaumen. In der neuerlichen Ladung, mit welcher die bezeichnete Verfügung des Gerichts jedenfalls zugestellt werden muß, wenn sie eine Abkürzung der Ladungsfrist enthält [14], kann sich auf die frühere Klagsurkunde bezogen werden. Die betreffende gerichtliche Verfügung ist im Urtheilsbuche einzutragen [15].

Will der Kläger eine dem Beklagten (durch Gerichtsvollzieheract) noch nicht mitgetheilte Aenderung seines Anspruchs im Gegenstande oder in der thatsächlichen Begründung oder durch Erweiterung desselben vornehmen (Klagsnachtrag), so muß er Vertagung begehren, in der Zwischenzeit den Beklagten durch Gerichtsvollzieheract von der betreffenden Aenderung in Kenntniß setzen und zu der oder einer neuerlichen Tagfahrt unter Einhaltung der gesetzlichen Ladungsfrist vorladen lassen [16], da kein Theil ungehört verurtheilt werden darf [17].

Vertagung der Verhandlung findet endlich statt, wenn der für den Beklagten erschienene Vertreter zwar einen legalen Vollmachtsnachweis vorzulegen augenblicklich außer Stand ist, aber doch seinen Auftrag und ein Hinderniß rechtzeitiger Bereinigung des Vollmachtspuncts wahrscheinlich macht oder ein Vollmachtsdocument vorlegt, dessen Mängel nachträglich verbessert werden können [18]. Vgl. §. 140 [19].

2) Liegt ein Grund, welcher die einseitige Verhandlung der Sache hindert, nicht vor, so hat der Kläger seinen Antrag zu stellen und diesen zu motiviren, ganz analog wie im Falle des Artikel 259. Vgl. §. 376.

Die Antragstellung hat zum Inhalt die Proceßbitte dahin

---

13) Artikel 520 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Artikel 300 und 305, dann §. 374 und §. 376.
14) Artikel 502 Absatz 2 und Artikel 503 Pr. O.
15) Artikel 281 Pr. O.
16) Argum. Artikel 302 Pr. O. Abg. Prot. II, 268.
17) Eintrag der Verfügung im Urtheilsbuch. Artikel 281 Pr. O.
18) Artikel 84 Pr. O.
19) Eintrag der Verfügung im Urtheilsbuch. Artikel 281 Pr. O.

gerichtet, es wolle das Zugeständniß der thatsächlichen Klagsbehauptungen angenommen, im Falle des Artikel 324 Absatz 2 der hiefür anerbotene Beweis zugelassen werden, und die Sachbitte, das Gesuch der Klagsurkunde in Haupt- und Nebensache.

Die Motivirung hat sich auf den Vortrag der den Klagsanspruch begründenden Thatsachen, den urkundlichen Nachweis der nach den gesetzlichen Vorschriften erfolgten Klagserhebung (§§. 387, 388) einschließlich der richtigen und rechtzeitigen Ladung des Beklagten oder den Nachweis, daß eine solche Ladung im Fragefall nicht erforderlich war (Vertagung, Artikel 508 Pr. O.; vgl. §. 387) und die Ungehorsamsbeschuldigung, accusatio contumaciae, die Berufung auf das Nichterscheinen des Beklagten in Person und durch einen gehörig bevollmächtigten Vertreter zu erstrecken [20]). In letzterer Beziehung ist zu bemerken, daß nach dem Geiste des Gesetzes in analoger Anwendung des Artikel 250 Absatz 4 der Pr. O. ein Versäumungsurtheil nicht zu erlassen, vielmehr in die contradictorische Verhandlung einzutreten ist, wenn der bis jetzt ausgebliebene Beklagte zwar nach der klägerischen Antragstellung, aber noch vor beendigter Urtheilspublication erscheint.

Wäre gegen die Vorschrift des Artikel 501 nicht auf eine bestimmte Stunde, sondern nur auf den betreffenden Tag oder Vormittag geladen worden, so könnte ein Ungehorsamsurtheil keinesfalls vor Schluß der Sitzungszeit ergehen. Man kann sich für die Ansicht, daß überhaupt Versäumungsurtheil nicht erlassen werden könne, selbst darauf berufen, daß der Artikel 501 gegenüber Artikel 207 eine Specialvorschrift enthält. Ist auf eine bestimmte Stunde geladen und der Beklagte zu dieser Zeit nicht erschienen, so kann sofort, ohne daß der Ablauf der Sitzungszeit erwartet werden müßte, Urtheil genommen werden.

3) Wie schon in §. 377 erläutert, kann das zu erlassende Urtheil ein Definitivurtheil gegen den Beklagten oder ein Interlocut sein, es kann auch auf Abweisung des Klägers lauten.

Ist die Klage nach den gesetzlichen Vorschriften erhoben, die Ladungsfrist eingehalten und das klägerische Begehren nach den geltend gemachten Thatsachen rechtlich begründet, so hat das Gericht diese, ohne dafür Beweis zu verlangen, als zugestanden zu betrachten und dem in der Klage gestellten Sachgesuche unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten zu entsprechen.

Andernfalls ist der Kläger unter Verurtheilung in die Kosten abzuweisen. Diese Abweisung hat, wenn die Klagthatsachen der inneren Begründung des Klaganspruchs ganz oder theilweise, für diesen Kläger oder gegen diesen Beklagten entbehren, auf Verwerfung des erhobenen Anspruchs oder des betreffenden Theils desselben und dem entsprechende Entscheidung im Kostenpunct [21]), — wenn es an der Competenz des angegangenen Gerichts fehlt, gleichviel ob Proro-

---

20) Artikel 520 Absatz 1 mit Artikel 207 und 215 Absatz 2 Pr. O.
21) Vgl. Artikel 109 Pr. O.

gation statthaft war oder nicht [22]), auf Klagsabweisung von hier, — wenn die Klagserhebung an wesentlichen formalen Gebrechen leidet, auf Klagsabweisung in der angebrachten Art [23]), — wenn endlich nur der Ungehorsam des Beklagten nicht nachgewiesen ist, auf Abweisung des gestellten Antrags [24]) zu lauten. Natürlich ist dem Kläger unbenommen, zum selben Gericht sofort neue Klage zu erheben, bezw. neue Ladung zustellen zu lassen, wenn die Abweisung nicht unter Verwerfung des Klagsanspruchs oder von hier erfolgte [25]). Die neue Ladung muß alles zur Klagestellung Gehörige enthalten [26]); doch ist die Bezugnahme auf die frühere Klagsurkunde nicht ausgeschlossen.

Liegt ein Fall des Artikel 324 Absatz 2 der Pr. O. vor, so ist der Kläger unter Suspension der Entscheidung im Kostenpunct zum anerbotenen Beweise zuzulassen.

## §. 395.

Erscheint der Kläger in der zur Verhandlung der Sache bestimmten Sitzung weder in Person noch durch einen mit legalem Vollmachtsnachweis versehenen Vertreter, so ist auf Begehren der Gegenpartei die Abweisung der Klage und die Verurtheilung des Klägers in die Kosten ohne weitere Prüfung der Sache auszusprechen [1]).

Die Voraussetzungen eines solchen Ausspruchs sind analog wie im Falle des Artikel 303 der Pr. O. der Nachweis der Ladung des Klägers bezw. darüber, daß der Kläger den Beklagten in die betreffende Sitzung laden ließ, oder der Nachweis, daß eine solche Ladung nicht mehr erforderlich war (Artikel 508), ferner die Geltendmachung des klägerischen Ungehorsams (accusatio contumaciae). Erscheint der Kläger noch vor Schluß der Urtheilspublication, so ist in die contradictorische Verhandlung einzutreten. Dagegen ist das Gericht nicht wie im Falle des Artikel 520 Absatz 2 befugt, die Verhandlung auszusetzen ꝛc., wenn ihm Umstände bekannt sind, welche den Kläger in die Unmöglichkeit versetzten, zu erscheinen oder einen Bevollmächtigten aufzustellen. Der Kläger erreicht den gleichen Zweck durch Erhebung des Einspruchs.

Die Klagsabweisung ist wie im Falle des Artikel 303 gleichbedeutend mit der Erklärung, daß die Klage für nicht angebracht gelte. Fiction des Klagabstands [2]). Artikel 496—498 der Pr. O. Der Kläger kann deshalb

---

22) Artikel 39 Absatz 3, Artikel 189, 265 Pr. O. Fehlt es in einzelnrichterlichen Sachen an den zur Feststellung der Summencompetenz erforderlichen bestimmten Werthsangaben, so wird statt Abweisung in angebrachter Art der Kläger besser zur nachträglichen Werthsangabe und neuerlichen Ladung des Beklagten veranlaßt.

23) Das Gericht handelt mehr im Geiste des Gesetzes, wenn es in solchem Fall, statt ein abweisendes Urtheil zu erlassen, den Kläger zur Hebung des Mangels, zu neuerlicher Ladung ꝛc. veranlaßt.

24) Artikel 520 Absatz 1 Pr. O.

25) Abg. Prot. II, 267.

1) Artikel 521 Pr. O.

2) Vgl. Abg. Prot. II, 96, 266—269.

in solchem Fall weder die bisherige Verhandlung durch Einspruch gegen das Versäumungsurtheil fortsetzen, noch über denselben Gegenstand gegen den Beklagten eine neue Klage erheben, ehe er diesem die ihm verursachten Kosten ersetzt hat[3]). Da übrigens im Parteiprocesse die Kosten schon bei der Verhandlung liquidirt werden müssen [4]), kann der in Artikel 116 der Pr. O. vorgesehene Fall hier nicht eintreten.

Im Uebrigen sind die §§. 378, 379 und 394 zu vergleichen.

## II. Capitel.

## Incidentrestitution. Einspruch [1]).

### §. 396.

Das Hilfsmittel der Incidentrestitution ist im Parteiproceß an dieselben materiellen Voraussetzungen geknüpft, wie im bezirksgerichtlichen Verfahren. Vgl. Artikel 216 Pr. O.; §§. 380 und 381.

Auch für das Verfahren sind die dort vorgetragenen Grundsätze maßgebend. Vgl. Artikel 217 Pr. O. §. 362. Nur sind jene Unterschiede zu beachten, welche hier die Natur des Parteiprocesses mit sich bringt.

Parteien, gegen welche von einem Handels- oder Einzelngerichte ein Versäumungsurtheil erlassen wurde, können innerhalb einer unerstreckbaren Frist von acht Tagen nach Zustellung dieses Urtheils Einspruch dagegen erheben [2]). Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Einspruchs sind dieselben wie im Anwaltsproceß [3]).

Das Einspruchsverfahren gestaltet sich nur insofern abweichend von der bezüglichen Procedur vor den Bezirksgerichten [4]), als hier Parteiproceß in Frage steht, in dem weder Anwaltszwang noch Schriftenwechsel stattfindet. Der Einspruch erfolgt hienach mittels eines an die Partei, welche das Versäumungsurtheil erwirkt hat, zuzustellenden Gerichtsvollzieheracts, der neben den allgemeinen Erfordernissen der Zustellungsurkunden enthalten muß:

1) die Erklärung, daß und gegen welches, genau zu bezeichnende, Urtheil Einspruch erhoben werde;
2) die Angabe, in welchen Puncten, dann aus welchen thatsächlichen und rechtlichen Gründen der Einspruch erhoben wird. Hat die

---

3) Artikel 521 Pr. O.
4) Artikel 115 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 522 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—180, 192; III, 57.
Abg. Prot. II, 265—270, 279, 352, 375, 453; IV, 107, 154.
R. Ref. II, 187.
R. Prot. II, 255; IV, 62.
2) Artikel 522 Absatz 1 Pr. O.
3) Vgl. §§. 383 und 384.
4) §. 385.

Partei der andern ihre Rechtsvertheidigung bereits früher zustellen lassen (was freilich im Parteiproceß kaum vorkommen wird), so kann hierauf Bezug genommen werden; auf den Grund, aus welchem die Partei in der betreffenden Sitzung nicht vertreten war, kömmt es, vom Kostenpuncte abgesehen, nicht an [5]).

3) Die Vorladung der Gegenpartei in die dem Ablauf der auch hier zu beobachtenden gesetzlichen Ladungsfrist (Artikel 502) nächstfolgende ordentliche Gerichtssitzung [6]); würde der Einspruchkläger, um die Sache zu verzögern, in eine spätere Sitzung laden, so kann der Einspruchbeklagte dem mit einer Ladung des Einspruchklägers zur früheren Sitzung begegnen [7]).

Der Mangel des einen oder andern dieser Erfordernisse hat die Nichtigkeit des Actes nur unter der Voraussetzung des Artikel 218 Absatz 2 der Pr. O. zur Folge.

Die Einspruchsverhandlung erfolgt nach den für den Parteiprozeß geltenden Vorschriften.

Auf das Einspruchsurtheil finden die Artikel 314 und 315 der Pr. O. ebenfalls Anwendung [8]). Vgl. §. 386.

---

5) Vgl. §. 385. Durch die nothwendige Verbindung der Einspruchsbegründung mit dem Einspruchsacte unterscheidet sich das Verfahren hier von jenem im Anwaltsproceß.

6) Artikel 522 Absatz 2 Pr. O.

7) Vgl. mein Gerichtsvollzieherhandbuch S. 289—290.

8) Artikel 522 Absatz 3 Pr. O.

# VI. Buch.

# Die außerordentlichen Verfahrensarten.

# I. Hauptstück.

# Außerordentliche Verfahrensarten auf der Grundlage mündlicher Verhandlung.

## I. Capitel.

## Besitzproceß.

### §. 397 [1]).

I. Die Bestimmungen der Pr. O. über den Besitzproceß (Artikel 584—589) gelten nur für die diesrheinischen Landestheile. Für die Pfalz bleiben die Vorschriften des Artikel 3 Ziffer 2 und der Artikel 23—27 des Code de procéd. über das Verfahren bei possessorischen Klagen in Kraft [2]).

Auch beziehen sich die Artikel 584 ff. der Pr. O. nur auf die sg. ordentlichen Besitzklagen [3]), aber allerdings auf alle Arten derselben [4]).

---

1) Quellen zu Artikel 584 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 429, 447—448, 458; IV, 115, 159.
R. Ref. I, 31, 105—106; II. 194.
R. Prot. II, 269; IV, 64.
Quellen zu Artikel 585 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 219.
Abg. Prot. II, 429, 447—448, 458; IV, 115—116, 159.
R. Ref. I, 31; II, 194—195.
R. Prot. II, 269; IV, 64.
Quellen zu Artikel 586 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 219.
Abg. Prot. II, 429, 447,—448, 458.
R. Ref. I, 31, 106—107.
R. Prot. II, 269—273.
Vgl. Seuffert's Comment. a. a. O. Bd. 2 S. 78—111.

2) Artikel 67 des Einf. Ges. z. Pr. O. Vgl. §. 52 Ziffer 2. Artikel 606 Ziffer 4 ff. der Pr. O. gelten auch für die Pfalz.

3) Possessorium summarium.

4) Artikel 587 der Pr. O. läßt dieß ausdrücklich entnehmen. Vgl. Abg. Ref. II, 218; Abg. Prot. II, 448.

Demgemäß gehören hieher:

1) Die remedia retinendae possessionis, das interdictum uti possidetis für Immobilien und das interdictum utrubi für Mobilien [5];
2) die remedia recuperandae possessionis, nämlich das interdictum unde vi für unbewegliche, das interdictum utrubi für bewegliche Sachen [6], — dann die actio spolii [7];
3) die interdicta adipiscendae possessionis (interdicta proprietatis causa), nämlich das interdictum ex lege ultima Cod. de edicto Divi Hadr. tollendo für den Testamentserben, um auf Grund eines äußerlich fehlerfreien Testaments in den Besitz der Erbschaft zu gelangen, — und das interdictum quorum bonorum für den Intestaterben, um gegenüber mehreren Intestaterbprätendenten auf Grund von Bescheinigung seines nächsten Intestaterbrechts in den Besitz der Erbschaft zu gelangen [8].

Für das sg. possessorium summariissimum [9]) und das dazu gehörige

---

5) Die Klage auf Schutz im ordentlichen Besitz findet für alle Rechte statt, an welchen Besitz oder Quasibesitz zulässig ist, und zwar jetzt auch in Beziehung auf Grunddienstbarkeiten.

Der Kläger muß sich im gegenwärtigen juristischen Besitze befinden. Indessen wird sein Besitz, falls er vom Streitgegner erworben wurde, nur unter der weiteren Voraussetzung einer justa possessio geschützt. Hat der Kläger den Besitz vom Beklagten fehlerhaft (vi, clam, precario) erworben, so wird nicht blos seine Klage abgewiesen, sondern vermöge der Natur dieses Rechtsmittels als eines jud. duplic. der Kläger auch auf Antrag des Beklagten zur Einräumung des Besitzes an diesen verurtheilt. Hat der Kläger den Besitz von einem Dritten erworben, so genügt für ihn die Thatsache des juristischen Besitzes (animus et corpus). Puchta Pand. 4. Aufl. § 132. Was unter gegenwärtigem Besitze zu verstehen sei, kann u. U. zweifelhaft sein. Vergl. hierüber Seuffert a. a. O. S. 79 - 81.

Die Klage auf Schutz im Besitze setzt endlich eine Störung als Veranlassung voraus; doch darf die Störung nicht zur dejectio geworden sein. Puchta a. a. O.

Das interdictum de precario hat keine praktische Bedeutung mehr. Seuffert Pand. 3. Aufl. §. 315.

6) Die Klage setzt den juristischen Besitz des Klägers zur Zeit der Besitzentziehung und den Besitzverlust (dejectio) durch gewaltsame Entziehung (vis atrox) d. i. durch Gewalt gegen die Person des Besitzers oder seines Repräsentanten voraus, gleichviel ob eine Gewaltshandlung wirklich ausgeübt oder unmittelbar d. h. mit Bereitschaft, sie sofort ins Werk zu setzen, angedroht wurde.

7) Die kanonisch-rechtliche actio spolii unterscheidet sich von der vorher erwähnten Klage (Anm. 6) dadurch, daß sie stets Gewalt gegen die Person voraussetzt und auch gegen den dritten Besitzer geht, welcher, wenn er auch nicht der dejiciens war, um die verübte Gewalt wissend in den Besitz kam. Puchta a. a. O. §. 134.

8) Vgl. Abg. Prot. II, 448.

Gemeinrechtlich gehört zu den interd. adipisc. poss. auch das interdictum Salvianum vel quasi Salv., mittels welchen der Pfandgläubiger auf die blose Bescheinigung seines Rechts den Besitz der Pfandobjecte begehren kann, während der Beklagte hiegegen nur mit sofort liquiden Einreden gehört wird. Dieses Interdict ist durch die diesrheinische Hypothekengesetzgebung unpraktisch geworden. Abg. Ref. II, 218.

9) Zwischen dem 14. und 15. Jahrhundert aus dem Bedürfniß entstanden, auf dem raschesten Wege jene mit Gefahr für die öffentliche Ruhe verbundenen Thätlichkeiten zu beseitigen, welche im Fall einer Besitzstörung unter den Prätendenten vorzukommen pflegen. Da sich das Verfahren darauf beschränkte, in Fällen, in welchen das interd. retinendae poss. an sich möglich, ohne Rücksicht auf den ani-

Schutzmittel der operis novi nunciatio besteht künftighin eine besondere Proceßart nicht; auch das unter diesen Bezeichnungen begriffene eigenthümliche Klagerecht ist aufgehoben. Sind in dergleichen Fällen die Voraussetzungen zur Erlassung von Vorsichtsverfügungen gegeben, so finden die hierüber bestehenden Vorschriften Anwendung. Fehlen diese Voraussetzungen, so besteht (nach Ansicht der gesetzgebenden Factoren) für Beschleunigung der Sache und eine eigene Proceßart kein Bedürfniß [10]).

Diese Aenderung des bisherigen Rechtszustandes hat Consequenzen. Solche treten besonders in jenen Fällen des früheren poss. summariiss. hervor, in denen nunmehr zum Schutze dessen, was man den jüngsten Besitzstand nannte, eine Vorsichtsverfügung erwirkt wird. Sie bestehen:

a) In der Aenderung der Parteirollen für den Hauptproceß.

Während nämlich der Sieger in poss. summariissimo den einstweiligen Schutz im Besitze auf solange genoß, bis der Streit über den ordentlichen Besitz oder das Recht entschieden war [11]), folglich seinerseits ruhig Klagestellung in letztbezeichneter Richtung erwarten konnte: ist der im Provisionalproceß obsiegende Theil künftighin verpflichtet [12]), selbst Klage in der Hauptsache zu erheben und so dort die minder vortheilhafte Parteirolle zu übernehmen [13]).

Allerdings muß diese Klage nicht nothwendig die petitorische sein. Wo civilrechtlich kein Hinderniß im Wege steht, kann der Sieger im Provisionalpunct seiner Verbindlichkeit aus Artikel 630 der Pr. O. durch Stellung der possessorischen Hauptklage genügen, da Vorsichtsverfügungen auf die mit dem Besitz verbundenen Rechte keinen Einfluß haben [14]). Nur kann dies nicht die Klage auf

---

mus possidendi und selbst die vitia possessionis (vi, clam, precario) die rein äußerliche Besitzthatsache (detentio), wie solche vor der Störung, nach Cod. jud. cap. III §. 5 bis auf ein Jahr zurück, bestanden, d. i. den jüngsten Besitzstand zu constatiren (K. G. O. p. II Tit. 21): mußte auch das Urtheil sich auf den provisorischen Effect beschränken, derjenigen Partei, welche vor der Störung den thatsächlichen Besitzstand für sich hatte, den einstweiligen Schutz in demselben auf solange zuzuerkennen, bis der ordentliche Besitz- oder der Streit über das Recht entschieden wäre. Bayr. Ldr. Thl. II cap. VII §. 11 Nr. 2.

10) Abg. Ref. II, 220; Abg. Prot. IV, 115. Daß namentlich auch das als possess. summariiss. bezeichnete eigenthümliche Klagerecht mit seinen Wirkungen aufgehoben ist, ergibt der Artikel 27 des Einf. Ges. z. Pr. O., wodurch die Ziffer 2 des §. 11 Cap. 7 Theil II, des bayr. Landrechtes abgeändert wird, wie folgt:
„Fundirt sich diese Klage in der natürlichen Freiheit, folglich ist der Kläger, „welcher dem Beklagten seine angemaßte Gerechtsame nur simpliciter negirt, „den Beweis zu machen nicht verbunden, sondern es muß vielmehr der Be„klagte selbst die angebliche Servitut oder Gerechtigkeit, ungeachtet er etwa in „possessione wäre, erweisen, er sei denn wenigst in zehnjährigem ruhigem „Besitze gewesen, welchenfalls die praesumtio pro libertate der pro posses„sione solange ausweicht, bis gleichwohl die Freiheit in petitorio genüglich „dargethan ist."
Es sind hier einfach die auf das poss. summariissimum und dessen Wirkungen bezüglichen Worte der allegirten Gesetzesstelle weggelassen. Vgl. Abg. Ref. III, 126; Abg. Prot. IV, 394, 470; R. Ref. II, 457; R. Prot. V, 64.

11) Bayr. Landr. Thl. II cap. VII §. 11 Nr. 2.

12) Falls er die Vorsichtsverfügung vollstrecken läßt und der Hauptproceß nicht schon anhängig ist.

13) Artikel 630 Pr. O.

14) Artikel 641 Absatz 1 Pr. O.

Schutz im jüngsten Besitze sein, sondern es muß die ordentliche Besitzklage erhoben werden.

Eine Schwierigkeit ergab sich hiebei aus der Bestimmung in Nr. 5 u. 6 §. 9 cap. VII Theil II des bayr. Landrechts in Verbindung mit Nr. 2 §. 4 cap. III Cod. jud.[15]) und Artikel 585 der neuen Pr. O. Da nämlich die letzterwähnte Vorschrift jede Verbindung von possessorium und petitorium, wie sie der Codex jud. gestattete, verbietet, da ferner die erstallegirten Stellen die blose Klage auf Schutz im ordentlichen Besitz für Grunddienstbarkeiten ausschließen, da endlich das possess. summariss. als solches von der neuen Pr. O. aufgehoben ist: so wäre nach dem Stande der neuen Pr. O. der im Provisionalproceß obsiegende Theil, wenigstens was Grunddienstbarkeiten betrifft, in Erfüllung der ihm aus Artikel 630 treffenden Verpflichtung in der That auf die Klage über das Recht beschränkt. Diese Consequenz beseitigt das Einführungsgesetz zur Pr. O. Hienach sind die Beschränkungen, welche das bayrische Landrecht in der angezogenen Stelle bezüglich der Zulässigkeit des Besitzprocesses in Servitutstreitigkeiten aufstellt, aufgehoben. Die gewöhnlichen Besitzklagen mit dem dafür von der neuen Pr. O. vorgezeichneten Verfahren[16]) finden insbesondere auch in Bezug auf Grunddienstbarkeiten statt[17]).

b) Von selbst ergibt sich aus der Aenderung der Parteirollen im Hauptproceß die Frage, wie es sich künftighin mit der Beweislast bei der actio negatoria verhält[18]).

Allerdings ist mit dem Hinwegfall des poss. summariissimum dem hier obsiegenden Theil die Möglichkeit entzogen, sich zur Befreiung von der Beweislast im Hauptproceß kurzweg auf das ihm günstige Resultat des Processes über den jüngsten Besitz zu berufen[19]). Auch bietet der Sieg im Provisionalproceß hiefür keinen Ersatz, da Vorsichtsverfügungen ohne Einfluß sind auf die Entscheidung in der Hauptsache[20]).

Allein jene Wirkung des Processes über den jüngsten Besitz bestand doch nur in einem factischen Vortheil. Denn die Befreiung von der Beweislast gründete sich nicht sowohl auf das obsiegliche Urtheil, als die im Besitzproceß hergestellte Constatirung des Besitzstandes[21]). Eine solche Constatirung war aber auch früherhin nicht auf den Proceß über den jüngsten Besitz beschränkt. Sie konnte noch mit der gleichen Wirkung im Hauptproceß mittels Zwischenverfahrens erzielt werden. Hieran hat die neue Pr. O. nichts geändert. Der Artikel 641 will in Absatz 1 nicht blos sagen, daß die Vorsichtsverfügung ohne Einfluß ist auf die

15) Vgl. Seufferts Comment. Bd. 2 S. 81—83.

16) Hauptstück XXII.

17) Artikel 26 Einf. Gef. z. Pr. O. Vgl. Abg. Ref. III, 125; Abg. Prot. IV, 115, 394, 470; R. Ref. II, 455—458.

18) Seuffert Comment. Bd. 3 S. 61—64.

19) Seuffert a. a. O. Anm. 26.

20) Artikel 641 Absatz 1 Pr. O.

21) Seuffert a. a. O. S. 64.

Art der in der Hauptsache zu stellenden Klage, sondern auch auf die stets civilrechtliche Frage der Beweislast und die Mittel, diese auf den Gegner zu überwälzen [22]). Argum. Artikel 27 des Einf. Ges. z. Pr. O. [23]).

II. Die Voraussetzungen für die Statthaftigkeit der ordentlichen Besitzklagen sind nach den Vorschriften des jeden Orts geltenden bürgerlichen Rechts zu beurtheilen [24]). Für das gemeine Recht sind dieselben in der Darstellung unter Ziffer I berücksichtigt.

Diesen civilrechtlichen Bestimmungen fügt aber die neue bayrische Pr. O. noch einige weitere hinzu, durch welche das bisher geltende bürgerliche Recht mehr oder minder modificirt wird. Anlangend nämlich

1) das Verhältniß des possessorium zum petitorium, so kann künftighin [25]) die Besitzklage mit oder neben der Klage, wodurch das Recht selbst verfolgt wird, nicht erhoben werden.

Wer die Klage, wodurch das Recht verfolgt wird, erhoben hat, kann von der Besitzklage keinen Gebrauch mehr machen.

Wer die Besitzklage erhoben hat, kann jederzeit diese Klage fallen lassen und zur Klage auf das Recht selbst übergehen.

Läßt er die Besitzklage fallen, ohne die Klage auf das Recht zu erheben, so unterwirft er sich zwar hiedurch allen Folgen des Unterliegens im Besitzprocesse [26]), — verliert aber ebendeshalb nicht die Befugniß, die Besitzklage wieder zu erheben [27]).

Erhebt er zugleich die Klage auf das Recht, so kann er später auf die einmal fallengelassene Besitzklage nicht mehr zurückgehen [28]).

2) Gegen die Besitzklage sind Einreden, welche auf das Recht selbst gerichtet sind, nicht zulässig [29]).

Behauptungen, welche zwar dem Rechtsverhältnisse entnommen, aber zugleich von Einfluß auf das Besitzverhältniß als solches sind, erscheinen, wenn lediglich in Beziehung auf dieses vorgebracht, nicht unzulässig [30]).

## §. 398 [1]).

Bezüglich des Verfahrens finden auf Besitzklagen die allgemeinen

---

22) Abg. Prot. 429—430, 449.
23) Vgl. Anmerkung 10.
24) Artikel 584 Pr. O.
25) Der Cod jud. hat die entgegengesetzte Bestimmung. cap. III §. 4.
26) Artikel 585 Pr. O.
27) Vgl. Artikel 498 Pr. O. und §. 366. Abg. Prot. IV, 115—116.
28) Argum. Artikel 585 Absatz 2 Pr. O.
29) Artikel 586 Pr. O.
30) Abg. Prot. II, 448. Von dem Verhältnisse des poss. summariis. zum poss. summarium kann jetzt keine Rede mehr sein. Abg. Ref. II, 219.

1) Quellen zu Artikel 587 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 219.
Abg. Prot. II, 429, 447—448, 458.
R. Ref. I, 31.
R. Prot. II, 273.
Quellen zu Artikel 588 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 219. III, 59—60.
Abg. Prot. II, 429, 447—448, 458; IV, 112, 116—118, 160, 336, 368.

Vorschriften, also je nach Umständen jene des Anwalts= oder Parteiprocesses, jedoch mit folgenden Abweichungen Anwendung [2]).

1) Eine Widerklage, welche auf das Recht selbst gerichtet werden will, ist im Besitzprocesse nicht zulässig [3]).

2) Wird ein Urtheil auf Schutz im Besitze oder auf Einsetzung oder Wiedereinsetzung in denselben erlassen, so kann das Gericht in Würdigung der Umstände des Falles auf Antrag der obsiegenden Partei gegen eine von dieser anzubietende Sicherheitsleistung die einstweilige Vollstreckung des Urtheils ohne Rücksicht auf Einspruch oder Berufung verfügen [4]).

3) Wer im Besitzprocesse unterlegen ist, gleichviel ob als Beklagter oder als Kläger, kann die Klage auf das Recht erst dann erheben, wenn er dem gegen ihn in possessorio ergangenen Urtheil vollständig Genüge geleistet hat [5]).

Weist der unterlegene Theil nach, daß sein Gegner es ist, der die Erfüllung des Urtheils und damit die Klagserhebung auf das Recht hindert bezw. verzögert, so bestimmt das Gericht auf bezüglichen Antrag zur Beseitigung der Hinderungsgründe eine Frist, mit dem Rechtsnachtheil, daß nach deren Ablauf die Klage zugelassen wird [6]), auch wenn dem Urtheil im Besitzstreit noch nicht Genüge geleistet wäre.

Im Anwaltsprocesse ist das Gesuch mittels motivirten Antrags dem Gegner zuzustellen, worauf die Sache zur Wochentabelle angemeldet werden kann. Natürlich ist nicht ausgeschlossen, bei gegebenen Voraussetzungen Ladung auf kurze Frist zu erwirken [7]).

Im Parteiproceß ist das Gesuch dem Gegner durch Gerichtsvollzieheract mit Ladung zur Sitzung, allenfalls nach erwirkter Abkürzung der Ladungsfrist zuzustellen [8]).

Das Urtheil, welches die Frist festsetzt, ist in der gewöhnlichen Weise zuzustellen. Von dieser Zustellung beginnt der Lauf der festgesetzten Frist.

Ist die Frist ungenützt verstrichen, so kann sofort die Klage auf das Recht erhoben werden. Die Verwirklichung der angedrohten Ungehorsamsfolge durch besonderes Urtheil ist nicht nöthig.

---

R. Ref. I, 31, 107—109; II, 195—196.
R. Prot. II, 273—278; IV, 64—65.
Quellen zu Artikel 589 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 218—219.
Abg. Prot. II, 429, 430, 447—448, 458.
R. Ref. I, 31.
R. Prot. II, 278.
Die Quellen zu Artikel 386 sieh' bei §. 397.

2) Artikel 589 Pr. O.

3) Artikel 586 Pr. O.

4) Artikel 587 Pr. O. Vergl. die beschränktere Vorschrift in Artikel 268 Absatz 3. Das Nähere gehört in die Lehre vom Vollstreckungsverfahren.
Die Bestimmung des Artikel 268 Absatz 1 Pr. O. ist neben Artikel 587 selbständig anwendbar.

5) Vgl. §§. 289, 366, 379. Artikel 588 Absatz 1 Pr. O. Vgl. Cod. jud. cap. III §. 4 Ziffer 11. Ist die Klage zwar vor Erfüllung des Urtheils in possessorio erhoben, aber z. Zt. ihrer Verhandlung wenigstens diesem Urtheile genügt, so kann sie nicht mehr abgewiesen werden. Vgl. a. E.

6) Artikel 588 Absatz 2 Pr. O.

7) Artikel 259 Pr. O.

8) Artikel 501, 502 Pr. O.

Ist wenigstens zu der Zeit, wo die Klage auf das Recht verhandelt wird, die vorbezeichnete Frist unbenützt abgelaufen, so kann diese Klage auch dann als verfrüht nicht abgewiesen werden, wenn sie vor Ablauf der Frist erhoben wurde [9]).

## II. Capitel.

## Vorsichtsverfügungen.

### I.

### Materielle Bestimmungen.

### §. 399 [1]).

Provisorische Maßregeln auf dem Gebiete des Civilprocesses und Vollstreckungsverfahrens bezwecken im Allgemeinen ein für Rechte belangreiches thatsächliches Verhältniß vorläufig zu ordnen, bis dessen definitive Ordnung durch Fortsetzung und Beendigung des Processes, ja selbst durch Vollzug eines sofort und unaufhaltsam vollstreckbaren Endurtheils über das Recht möglich geworden ist.

Die bayr. Proceßordnung kennt von provisorischen Maßregeln zwei wesentlich verschiedene Arten.

Die Einen sind je besonders in einzelnen Stellen des Gesetzbuchs zerstreut für Specialfälle vorgesehen und näher normirt. Bald als dringliche oder vorsorgliche, bald selbst als Vorsichtsverfügungen bezeichnet, können sie im Laufe eines Rechtsstreits und um dessen ordentliche Fortführung zu sichern nicht blos auf Antrag, sondern auch von Amtswegen getroffen werden. Solche finden sich z. B. erwähnt in den Artikeln 36, 54, 190, 191, 683, 746 der Pr. O. Gemeinsam ist ihnen, daß auf sie nicht die Vorschriften des 24. Hauptstücks der Pr. O., sondern nur jene Bestimmungen anwendbar sind, durch welche sie besonders normirt werden [2]).

Unter Vorsichtsverfügungen im eigentlichen, technischen Sinn versteht die Pr. O. jene richterlichen Maßregeln vorläufiger Natur, welche im 24. Hauptstück behandelt, lediglich auf Parteiantrag getroffen und zu dem Zweck angeordnet werden, eine drohende Erschwerung oder Vereitelung oder eine nachtheilige Verspätung der **Vollstreckung** zu verhüten, oder Gefahr für den öffentlichen **Rechtsfrieden** abzuwenden. Von diesen ist im Folgenden die Rede.

---

9) R. Prot. II, 276.
1) Quellen zu Artikel 605 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 453, 458, 459.
Abg Prot. II, 411—413, 421, 448, 458; IV, 161, 218—219.
R. Ref. I, 31—112; II, 198—199.
R. Prot. II, 288; IV, 65.
Vgl. hannöv. Prot. 513—517.
Ger. Vollz. Handbuch §§. 103, 104, 118, 119, 138—141.
2) Abg. Prot. IV, 171.

Da die Raschheit der Proceßführung schon durch den Bau des neuen Verfahrens, nicht minder durch Specialvorschriften [3]), die Raschheit der Vollstreckung aber durch das Princip der Urtheilsvollstreckbarkeit vor eingetretener Rechtskraft wie durch gewisse Sondernormen z. B. über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile möglichst gesichert ist: werden Provisionalmaßregeln auf Grund der Dauer des Verfahrens weit seltener gerechtfertigt sein, als nach dem früheren Processe. Ergibt sich gleichwohl deren Nothwendigkeit, so soll der Richter mit der Bewilligung nicht so ängstlich sein, wie dies wohl früherhin der Fall war, er soll nach der Absicht des Gesetzes möglichst rasch eingreifen. Den Betroffenen schützt im Allgemeinen die volle Haftung des Gesuchstellers für Schäden und Kosten, wenn die Unnöthigkeit der erwirkten Maßregel sich hinterher herausstellt; ihn schützt insbesondere die ihm gesetzlich eingeräumte Befugniß, die Vorsichtsverfügung durch Sicherheitsleistung ꝛc. abzuwenden [4]), sowie die Nöthigung des Imploranten, die Hauptsache in kurzen gesetzlichen Fristen zu verfolgen [5]).

Vorsichtsverfügungen können sowohl vor Einleitung eines Rechtsstreits oder Vollstreckungsverfahrens, als im Laufe eines solchen und bis zu dessen endlicher Erledigung, folgerecht auch getroffen werden [6]), wenn der Rechtsstreit in der höheren und selbst in der Cassationsinstanz schwebt. Ein Unterschied aus der verschiedenen processualen Lage der Sache ergibt sich nur insoferne, als der zur Gewährung der Provisionalmaßregel berufene Richter sich eben nach dieser Sachlage verschieden bestimmt. Hievon des Weiteren später.

Anlangend die materiellen Voraussetzungen der Vorsichtsverfügungen, so kann eine solche nur erlassen werden:

I. Wenn demjenigen, der darum nachsucht, dem Imploranten [7]), ein Rechtsanspruch irgend welcher Art [8]) zusteht.

Den Fall der Provisionalhaft allein ausgenommen [9]), wird die Erlassung einer Vorsichtsverfügung dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Anspruch noch nicht fällig ist. Es macht auch keinen Unterschied, ob der Zeitpunct des späteren Eintritts der Fälligkeit jetzt schon bekannt oder noch unbekannt ist, wie z. B. in dem Falle, wenn die Verfallzeit vom Eintritte des Todes einer Person abhängt [10]). Im Uebrigen vgl. Artikel 630 Absatz 2 der Pr. O. und §. 407 Ziffer I.

Wegen Ansprüchen aber, die von einer aufschiebenden, nicht blos die Zeit der Fälligwerdung betreffenden Bedingung abhängen, mit anderen Worten deren Existentwerden an sich noch ungewiß ist, finden Vorsichtsverfügungen

---

3) Vgl. Artikel 199, 259, 502 Pr. O.

4) Suspensiveffect haben allerdings die hierauf gerichteten Schritte nicht, um das Interesse des Gläubigers nicht zu gefährden.

5) Abg. Prot. II, 411.

6) Artikel 605 Absatz 1 init.

7) Sein Gegner heißt „Implorat". Die Pr. O. gebraucht diese Ausdrücke, auch wenn die Vorsichtsverfügung schon bewilligt ist. Richtiger würde dann allerdings „Impetrant", „Impetrat" gesetzt. Vgl. Abg. Prot. II, 416.

8) Abg. Prot. II, 448.

9) Vgl. Artikel 612 Pr. O. und §. 401. Im Falle des Artikels 614 ist die Fälligkeit des Anspruchs keine Vorbedingung.

10) Abg. Prot. IV, 218.

nicht statt[11]). Die blose Möglichkeit des Rechtserwerbs in Zukunft, sei es selbst mit Rückwirkung auf die Vergangenheit rechtfertigt keine Provisionalmaßregel[12]). Wer ein Recht unter einer Suspensivbedingung erwirbt, mag hiebei selbst für dessen eventuelle Sicherung durch Vertrag oder wie sonst sorgen. Uebrigens sind die einschlägigen civilrechtlichen Bestimmungen vorbehalten. Vgl. §. 407 Ziffer I, 2.

II. Wenn und insoweit[13]) sich die begehrte Maßregel nach freirichterlichem Ermessen als nothwendig darstellt

1) um die künftige Vollstreckung d. i. die seinerzeitige Erfüllung des Judicats oder eines sonstigen diesem gleichstehenden Titels zu sichern[14]).

Es macht keinen Unterschied, ob die mögliche Beseitigung oder Verschleppung der dem Schuldner zur Zeit noch zu Gebot stehenden Befriedigungsmittel verhütet (Persönliche Ansprüche), oder gegen die Entziehung, Entfernung, Veränderung, oder Verschlechterung des Streit- und künftigen Executionsobjekts und die hieraus dem seinerzeitigen Vollzug erwachsenden Hindernisse (dingliche Ansprüche) vorgesorgt werden soll. Im letzterwähnten Fall ändert auch der Umstand nichts, daß etwa der Proceßgegenstand zu Geld anschlagbar ist; denn der dinglich Berechtigte muß sich das Interesse nicht aufdringen lassen[15]).

Die Erlassung von Vorsichtsverfügungen ist aber auch zulässig, wenn sich

2) die sofortige Vollstreckung vor der definitiven Entscheidung über den verfolgten Anspruch oder doch vor Eintritt ihrer Vollstreckbarkeit als nothwendig darstellt, weil den Berechtigten aus dem Abwarten der im gewöhnlichen Verfahren zu erwartenden Rechtshilfe (Vollstreckung nach erwirkter Definitiventscheidung oder nach eingetretener Vollstreckbarkeit des erwirkten Urtheils 2c.) wesentliche Nachtheile (Gefahr im Verzug) drohen[16]). Provisorische Vollstreckung.

Das Eigenthümliche dieser Fälle besteht also darin, daß die Vollstreckung der Entscheidung des Rechtsstreites vorangeht, oder doch zu einer Zeit erfolgt, zu welcher mit dem Vollzuge auch des erwirkten Urtheils noch nicht begonnen oder noch nicht fortgefahren werden darf. So kann z. B. aus dem Abwarten der Vollstreckungsfrist[17]) Nachtheil zu besorgen sein. In Fällen, in welchen in der vollstreckbaren Urkunde eine Leistungsfrist festgesetzt ist, wird in der Regel eine Vorsichtsverfügung entbehrt werden können, da sich der Gläubiger nach Artikel 830 der Pr. O. schützen kann.

11) Artikel 605 Absatz 2 Pr. O.
12) Abg. Prot. II, 448.
13) Vgl. §. 401.
14) Artikel 605 Ziffer 1 Pr. O. Der Beisatz „oder um dringende Anstände zu beseitigen, welche sich bei der Vollstreckung ergeben oder zu befürchten sind" wurde, als durch Ziffer 1 und 3 des Artikel 605 gedeckt, zum Abstriche gebracht. Abg. Prot. II, 448.
15) Fälle des deutschrechtlichen Arrest- und Sequestrationsprocesses. Bayer summar. Pr. S. 60.
16) Artikel 605 Ziffer 3 Pr. O.
17) Vgl. Artikel 845, 1041 Pr. O.

Uebrigens wird die wirkliche Gefahr eines nicht unbedeutenden Nachtheils vorausgesetzt. Auch ist hier nicht von der Besorgniß die Rede, es werde ohne vorsorgliche Maßregeln das seinerzeitige Judicat unerfüllt bleiben (Fall Ziffer 1), sondern davon, daß der Berechtigte ohne schweren Schaden nicht bis dahin auf die Erfüllung warten kann [18]).

Hieher gehören z. B. Fälle des deutschrechtlichen unbedingten Mandatsprocesses, welche nicht unter der nächstfolgenden Ziffer 3 (factum nullo jure justificabile) begriffen sind, damnum irreparabile, aus Zeitablauf drohende Verderbniß des Streitobjects, aus Unthätigkeit erwachsende Schäden und Gefahren, so bei Vorenthaltung nothwendiger Alimente, bei verzögerter Räumung von Miethlocalitäten, beim Fortbestehen von Vorrichtungen, welche Leben, Gesundheit oder Eigenthum bedrohen, auch aus fortgesetzter Thätigkeit z. B. an einem Bau erwachsende Nachtheile, während gerade das Verbot des Baues oder seine Beseitigung den Inhalt des intendirten Judicats bilden soll u. s. w.

Vorsichtsverfügungen können endlich erlassen werden, wenn sie sich als nothwendig darstellen

3) um drohender Privatgewalt zur Wahrung des öffentlichen Friedens vorzubeugen [19]).

Hieher gehören die Fälle des jüngsten Besitzprocesses [20]), der mit voraussetzt, daß Gewaltthätigkeit zu besorgen steht, — die Fälle der operis novi nunciatio unter der gleichen Voraussetzung, — das factum nullo jure justificabile des deutschrechtlichen sog. unbedingten Mandatsprocesses, — das mit Vergewaltigung oder sonst offenkundigem Frevel begangene Spolium, — Attentat ꝛc.

Das deutsche Proceßrecht, wie der Codex jud. geben dem Gläubiger noch nach einer anderen Richtung außerordentlichen Schutz, nämlich gegen Erschwerung der Proceßführung, namentlich wenn solche im Auslande stattfinden müßte u. s. w. Dies hatte die neue bayer. Proz. Ordn. nicht nothwendig. Denn sie sichert dem Inländer unter allen Umständen ein inländisches Forum gegen solche, die im Inlande Wohnsitz und Aufenthalt nicht haben (vgl. Art. 19). Sie giebt ferner Ausländern die Möglichkeit, gegen Ausländer im Inlande auf solche Ansprüche zu klagen, welche hier entstanden sind (ibidem); sie sichert endlich im letzterwähnten Falle selbst dann, wenn im Ausland entstandene Verbindlichkeiten in Frage stehen, mittelbar wenigstens (durch Arrestschlag Art. 607 Abs. 2) ein Forum im Inlande auch für die Hauptsache [21]).

Der Umstand aber, daß die künftige Vollstreckung im Ausland stattfinden müßte, ist auch nach der neuen bayer. Proceßordnung für sich allein ein hinreichender Grund zur Erlassung von Provisionalverfügungen.

---

18) Abg. Prot. II, 411.

19) Artikel 605 Ziffer 2 Pr. O.

20) Der als eigene Proceßart hinweggefallen ist. Vgl. §§. 397, 398, 407.

21) Artikel 641 Absatz 2, Artikel 32 Pr. O. Es ist dies ein forum connexitatis materialis. Ein solches besteht auch für Inländer, die im Inlande keinen Wohnsitz haben, wenn gegen sie Arrest erwirkt wurde.

Vgl. Art. 605 Ziffer 1 mit Art. 611 der Pr. O. Hierüber das Nähere später.

## §. 400 [1]).

Nach ihrem Gegenstand wie nach ihrem Zweck werden mehrere Arten von Provisionalmaßregeln unterschieden.

I. Die Gegenstände, welche die Mittel zur Ausführung von provisorischen Maßregeln bieten, sind nach der Natur der Sache äußerst verschieden.

Die Vorsichtsverfügungen können bestehen:

1) In der einstweiligen Beschlagnahme [2]) beweglicher Gegenstände des Schuldners [3]), mögen sich diese im Besitze desselben oder in Händen Dritter befinden [4]), — Pfändung von Fahrnissen und Früchten auf der Wurzel [5]);
2) In der einstweiligen Beschlagnahme von Forderungen des Schuldners [6]), indem der Drittschuldner angewiesen wird, Geld, Zahlungen, oder geschuldete bewegliche Sachen bei Meidung eigener Haftung bis zu weiterer gerichtlicher Verfügung zurückzuhalten [7]), Arrest auf Foderungen, Sicherheitsarrest [8]);
3) In der Verhaftung des Schuldners [9]), — Personalhaft [10]);
4) In dem Verbot der Vornahme bestimmter Handlungen [11]) (Ersatz für die operis novi nunciatio, Attentatenbeschwerde) [12]) oder in der einstweiligen Verurtheilung zu einer bestimmten Leistung oder Handlung [13]) z. B. Wegnahme von gemachten Vorrichtungen, Leistung von Alimenten, Kostenvorschuß ꝛc. [14]) oder in der Ueberweisung

---

1) Quellen zu Artikel 606 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 453—454, 459.
Abg. Prot. II, 413, 448, 458; IV, 118, 161.
R. Ref. I, 31, 112; II, 199.
R. Prot. II, 288; IV, 65.
Quellen zu Artikel 607 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 454, 459; III, 61.
Abg. Prot. II, 413—414, 448, 458; IV, 119, 161.
R. Ref. I, 31, 112; II, 199.
R. Prot. II, 288; IV, 65.

2) Das Wort „Beschlagnahme" in den Artikel 606 u. 607 bedeutet hier nichts Besonderes, ist vielmehr jener allgemeine Ausdruck, welcher zur Bezeichnung aller Arten von Sicherheits- und Vollstreckungsmaßregeln dient. Abg. Ref. II, 454. Abg. Prot. II, 414.

3) Artikel 606 Ziffer 2 und Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.

4) Abg. Prot. II, 454.

5) Hauptstück 32 u. 33 der Pr. O.

6) Artikel 606 Ziffer 2 und Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.

7) Vgl. Reg. Entw. Artikel 577 Absatz 1.

8) Hauptstück 34 der Pr. O.

9) Artikel 606 Ziffer 7 und Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.

10) Hauptstück 37 Pr. O., insbesondere Artikel 1172.

11) Artikel 606 Ziffer 1. Vgl. Artikel 605 Ziffer 2 Pr. O.

12) Abg. Ref. II, 220.

13) Artikel 606 Ziffer 1; vgl. Artikel 605 Ziffer 3 Pr. O.

14) Vgl. Abg. Ref. II, 208.

des vorläufigen Besitzes streitiger beweglicher oder unbeweglicher Sachen an eine der Parteien [15]), Ersatz des possessorium summariissimum, eine Maßregel, die thatsächlich auf jenes Verbot, oder diese Verurtheilung hinausläuft [16]), — in allen drei Fällen etwa unter Androhung von Strafen für den Nichtbefolgungsfall [17]);

5) In der Sequestration unbeweglicher Sachen [18]), — ähnlich einer provisorischen Immission [19]);

6) In der Sequestration beweglicher Sachen [20]);

7) In der Hinterlegung beweglicher Sachen bei Gericht [21]);

8) In dem Verbote der Veräußerung und Belastung beziehungsweise weiteren Belastung unbeweglicher Güter [22]), insbesondere durch Constituirung von Servituten, Reallasten und Hypothekenrechten [23]);

9) In der Ermächtigung des Gläubigers, in seinen Händen befindliche Sachen des Schuldners oder an diesen zu leistende Zahlungen bis auf weitere Verfügung zurückzubehalten [24]); endlich

10) In anderen Anordnungen [25]) gleichen Zwecks, wie sie in sonstigen Gesetzen besonders normirt [26]) oder nach den eigenthümlichen Verhältnissen des betreffenden Falles durch den Richter getroffen werden [27]).

Die unter Ziffer 1 bis 5 bezeichneten sind Maßregeln, welche die Proceßordnung zugleich als Vollstreckungsmittel [28]) bezeichnet und zwar entweder als Mittel der Geldexecution (Ziffer 1—3) oder als Arten der Naturalexecution (Ziffer 4 und 5). Die übrigen (Ziff. 6 bis 10) sind solche Maßregeln, welche das Gesetz als Vollstreckungsmittel nicht kennt.

II. Mit Rücksicht auf den Zweck der Provisionalmaßregeln zerfallen diese in zwei Unterarten: Provisorien im engeren Sinn und Arreste.

1) Arreste sind die zur Sicherstellung einer Geldforderung oder eines in Geld anschlagbaren Anspruchs zu treffenden Provisorien, wenn solche in einer der unter Ziffer I Nr. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9 [29]) bezeichneten Maßregeln bestehen sollen [30]).

Unter einer Geldforderung versteht das Gesetz jeden unmittel-

15) Artikel 606 Ziffer 4; vgl. Artikel 605 Ziffer 2 Pr. O.

16) Maßregeln, wie sie als Vollstreckungsmittel in den Artikeln 860 bis 865 erwähnt werden.

17) Artikel 614 Pr. O.

18) Artikel 606 Ziffer 6 und Artikel 607 Absatz 1 Pr. O. Wo das Gesetz von Sequestration schlechthin spricht, gilt dies von der Uebergabe beweglicher wie unbeweglicher Sachen an einen Sequester.

19) Hauptstück 35 Pr. O.; Artikel 861.

20) Artikel 606 Ziffer 6 und Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.

21) Artikel 606 Ziffer 5 und Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.

22) Artikel 606 Ziffer 3 und Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.

23) Abg. Prot. II. 419.

24) Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.

25) Insoferne sind die in Artikel 607 bezeichneten Fälle nur exemplificativ. Abg. Ref. II. 453.

26) Z. B. Hypothekenvormerkungen nach dem Hypothekengesetz. Hieher gehören auch Artikel 98, 99, 100 des Einf. Ges. z. Pr. O. Artikel 111 desselben Gesetzes wird nur mehr Gegenstand auf dem Gebiet der freiwilligen Rechtspflege haben.

27) Artikel 606 init. Pr. O.

28) Artikel 856 bis 865 Pr. O.

29) Vgl. Seuffert Commentar 2. Aufl. Bd. 2 S. 442 Anm. 7.

30) Artikel 607 Pr. O.

bar auf Geld gerichteten oder zu richtenden Anspruch. Festgestellt braucht derselbe noch nicht zu sein. Auch kann der unmittelbar auf Geld gerichtete Anspruch, was den Betrag betrifft, z. Z. unbestimmt sein, z. B. wegen besonderer Verhältnisse vorerst vorbehaltlich der Liquidation in quanto, aber ausschließend auf Entschädigung in Geld lauten.

Ein in Geld anschlagbarer[31]) Anspruch ist jener, der zunächst auf, wenn auch geldwerthe, Naturalleistungen und eventuell auf das Geldinteresse geht.

Man unterscheidet den Personalarrest (Ziffer I Nr. 3) und den Realarrest (Ziffer I Nr. 1, 2, 5, 6, 7, 8 und 9).

Ist der Realarrest durch die einstweilige Beschlagnahme einer Forderung des Arrestschuldners auszuführen (Ziffer I Nr. 2), so heißt derselbe insbesondere Sicherheitsarrest[32]). Den Gegensatz des Sicherheitsarrestes in anderer Richtung bildet der Vollstreckungsarrest d. i. die gleiche Maßregel zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers. Da dieser wie der Provisionalarrest vom Gesetze schlechthin als Arrest bezeichnet werden[33]), so ist sich vor Verwechslungen zu hüten.

Der Provisionalarrest, wie er in Artikel 607 der Pr. O. vorgesehen ist, gilt ohne Ausnahme auch in der Pfalz[34]).

2) Unter Provisorien im engeren Sinn versteht man jene Provisionalmaßregeln, welche entweder zu anderem Zwecke als zur Sicherstellung einer Geldforderung oder eines in Geld anschlagbaren Anspruchs getroffen oder, wenn auch zu diesem Zweck erlassen, doch durch andere als die Mittel des Provisionalarrestes realisirt werden[35]).

Es ist also nicht nothwendig ein Arrest in Frage, wenn die angeordnete Maßregel eine solche ist, durch die auch ein Arrest vollzogen wird. So ist die Beschlagnahme von Mobiliargegenständen zur Wahrung des Eigenthumsrechts (Art. 826 code de procéd.)[36]), welche unter den in der allegirten Stelle normirten Voraussetzungen auch fernerhin in der Pfalz zulässig bleibt, und auf welche im Uebrigen die Vorschriften des 24. Hauptstücks der Pr. O. anzuwenden sind[37]), keineswegs eine Arrest-, sondern ein Provisionalmaßregel im engeren Sinne.

Es ist wichtig in der Praxis Arreste und Provisorien im engeren Sinne genau auseinander zu halten, weil wie sich im Folgenden zeigen wird, namentlich in Ansehung der Zuständigkeit und des Verfahrens durchgreifende Unterschiede zwischen beiden Arten von Provisionalmaßregeln bestehen.

31) Vgl. den inhaltlich hievon verschiedenen Ausdruck, der in Artikel 554 und 556 der Pr. O. gebraucht wird.
32) Vgl. Artikel 966 mit Artikel 1002 bis 1006; Abg. Prot. II, 448.
33) Artikel 607 und 966 Pr. O.
34) Abg. Prot. II, 414. Vgl. Artikel 68 Einf. Ges. z. Pr. O.
35) Abg. Prot. II, 413; vgl. Abg. Ref. III, 61 bis 62.
36) saisie-revendication.
37) Artikel 98 Einf. Ges. z. Pr. O. Vergl. Abg. Ref. III, 140; R. Prot. V, 65; R. Ref. II, 566, 568; Motive zum Entwurf S. 234.

## §. 401 [1]).

I. Vorsichtsverfügungen müssen zu einer Zeit getroffen werden, wo nicht selten mit voller Sicherheit noch keineswegs bemessen werden kann, ob sie überhaupt oder in dem angewandten Maße absolut gerechtfertigt sind. Zudem bestehen sie unter Umständen in Anordnungen, welche tief in die Verhältnisse des Einzelnen eingreifen. Gegen den möglichen Mißbrauch derselben und zur Verhütung muthwilliger Provisionalgesuche, folgerecht zum Schutze der bürgerlichen Freiheit stellt deshalb das Gesetz gewisse allgemeine Beschränkungen auf.

Diese Beschränkungen beziehen sich bald auf Provisorien schlechthin, bald nur auf Arreste oder Provisorien im engeren Sinne.

Für Provisorien schlechthin gelten folgende Beschränkungen.

1) Die Vorsichtsverfügung darf über das zur Erreichung des Zwecks

---

1) Quellen zu Artikel 610 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 454—455, 460; III, 61.
Abg. Prot. II, 413—416, 448, 459; IV, 119, 162.
R. Ref. I, 31, 112; II, 199.
R. Prot. II, 288, IV, 65.
Quellen zu Artikel 611 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 454, 459.
Abg. Prot. II, 413—414, 423—424, 448, 459.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 612 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 454, 459; III, 61.
Abg. Prot. II, 414–415, 448, 459; III, 334; IV, 119, 162, 336, 368.
R. Ref. I, 31, 112; II, 200.
R. Prot. II, 288; IV, 65—66.
Quellen zu Artikel 613 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 454, 459.
Abg. Prot. II, 414—415, 448, 459.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 614 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 453—454, 459.
Abg. Prot. II, 413, 448, 459.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 615 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 454—455, 459–460; III, 61—62.
Abg. Prot. II, 416—417, 448, 459; IV, 119, 162.
R. Ref. I. 31, 112; II, 201.
R. Prot. II, 288; IV, 67.
Quellen zu Artikel 616 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 453—454, 459.
Abg. Prot. II, 413, 448, 459.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 617 Pr. O.:
Abg. Prot. IV, 336, 368.
R. Prot. IV, 81—82; V, 8—9.
Quellen zu Artikel 609 bei §. 402.

Nothwendige nicht hinausgehen[2]). Es ist unstatthaft, eine quantitativ ausgedehntere Belastung des Imploraten anzuordnen, als das Interesse des Imploranten erheischt. Kann z. B. die volle Sicherung des Gläubigers schon dadurch herbeigeführt werden, daß dem Schuldner für einen Theil seiner unbeweglichen Güter die Disposition untersagt wird, so darf das Verbot der Veräußerung und weiteren Belastung nicht auf dessen ganzen Immobiliarbesitz ausgedehnt werden[3]).

2) Die gleiche Beschränkung gilt in qualitativer Hinsicht.

Zwar ist, wo dies der Zweck erheischt, die Verbindung mehrerer Provisionalmaßregeln [4]) nicht ausgeschlossen.

Würde aber von mehreren an sich zulässigen Maßregeln jede derselben für sich allein dem Zweck vollkommen genügen, so ist die für den Imploraten mindest beschwerliche zu wählen[5]).

Das Gesetz sagt: „an sich zulässig", nicht „nachgesucht". Wäre nur eine Art von Vorsichtsverfügungen nachgesucht, neben dieser aber noch eine andere für den Imploraten minder beschwerliche ausführbar: so dürfte der Richter nicht etwa dem Antrage, wie gestellt, stattgeben, sondern müßte den Imploranten anhalten, das dem Imploraten minder Beschwerliche zu beantragen[6]). Das als Vorsichtsverfügung nachgesuchte Verbot der Veräußerung oder Belastung unbeweglicher Güter (Dispositionsverbot) und die Sequestration z. B. kann als härteste Maßregel nur in omnem eventum zur Anwendung kommen, wenn mildere Maßregeln wie Vormerkung von Hypothek für den Betrag der gefährdeten Forderung nicht oder nicht vollkommen ausreichen[7]).

3) Ist insbesondere die auf Grund des Artikel 605 Ziffer 3 der Pr. O. (sofortige provisorische Vollstreckung §. 399 Ziffer I, 2) nachgesuchte Vorsichtsverfügung dem Imploraten nachtheiliger oder gleich nachtheilig, als deren Ausführung dem Gegner von Vortheil, so muß sie ganz unterbleiben[8]). Dies findet keine Anwendung, wenn es sich um die Verhütung drohender Privatgewalt handelt[9]), weil das öffentliche immer dem Privatinteresse vorgeht, und ebensowenig, wenn es sich nur um die Sicherstellung künftiger Execution handelt[10]), weil hier das Interesse des Gläubigers um so mehr überwiegt, als dem Schuldner freisteht, durch Cautionsbestellung die Maßregel abzuwenden, während, wenn er dies nicht kann oder will, die Gefährdung des Gläubigers nur evidenter erscheint[11]).

---

2) Art. 610 Abs. 1 Pr. O.
3) Abg. Prot. II, 420.
4) Art. 606 u. 607 Pr. O.
5) Art. 610 Abs. 2 Pr. O.
6) Abg. Prot. II, 448.
7) So auch bei Mobilien, wie überhaupt. Vgl. Abg. Pr. II, 413 bis 414.
8) Art. 610 Abs. 3 Pr. O. Ein Beispiel hiezu bei Seuffert a. a. O. Bd. 2 S. 42 Anm. 8. Vgl. Abg. Prot. II, 414 bis 415.
9) Art. 605 Ziff. 2 Pr. O. und §. 399 Ziff I, 3.
10) Art. 605 Ziff. 1 Pr. O. und §. 399 Ziff. I, 1.
11) Abg. Prot. II, 415.

4) Soweit die Vorsichtsverfügungen in Maßregeln bestehen, welche das Gesetz zugleich als Vollstreckungsmittel bezeichnet, finden alle für letztere gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen, vorbehaltlich besonderer Bestimmung des Gesetzes, auch Anwendung auf die betreffende Vorsichtsverfügung, da eine blos vorsorgliche Maßregel nicht weiter gehen kann als die Vollstreckung des Judicats [12]). Dies ist natürlich nicht von dem Falle zu verstehen, in welchem das nämliche Mittel als Vollstreckungs- und Provisional-Maßregel wirklich vorgekehrt wird, sondern von dem Falle, in welchem ein an sich als Vollstreckungsmaßregel vorkehrbares Mittel zur Vorsichtsverfügung wirklich benützt wurde [13]).

Hienach können Gegenstände, welche der Pfändung [14]), Forderungen oder Forderungstheile, welche der Beschlagnahme [15]) überhaupt durch das Gesetz entzogen sind, auch nicht im Provisionalweg angegriffen werden.

Dasselbe gilt von dem Vollstreckungsmittel der Personalhaft. Uebrigens ist hier besonders zu beachten, daß durch die Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 29. Mai 1868, die Aufhebung der Schuldhaft betreffend [16]), die Vorschriften des bayr. Rechts über Personalhaft modificirt werden. Dieses Gesetz scheint zwar in Beziehung auf Vorsichtsverfügungen das bestehende Landesrecht nicht zu ändern. Gleichwohl ist dies keineswegs der Fall. Denn dasjenige, was dort (§. 2) unter „Sicherungsarrest" verstanden wird, ist nicht identisch mit „Personalhaft als Vorsichtsverfügung" nach bayerischem Recht. Gerade der letztere Umstand aber macht das Verständniß darüber, wie das Reichsgesetz und die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Personalhaft ineinander greifen und was nunmehr in Bayern Rechtens sei, etwas schwierig. Es wird demzufolge nicht ganz überflüssig sein, das in Bayern hinsichtlich der Personalhaft in bürgerlichen Rechtssachen dermal geltende Recht überhaupt wenigstens in den Grundzügen anzudeuten. Als Grundgedanke des Reichsgesetzes über die Aufhebung der Schuldhaft ist dabei dessen ausschließend negative Tendenz festzuhalten, welche dahin geht, unter allen Umständen die Fälle landesgesetzlich zulässiger Personalhaft nicht zu vermehren, sondern zu vermindern.

Die bayr. Pr. O. statuirt Personalhaft zu vier verschiedenen Zwecken:

---

12) Art. 613 Pr. O.
13) Abg. Prot. II, 414.
14) Art. 901, 957 Pr. O.
15) Art. 967 bis 970 Pr. O., dann das Reichsgesetz vom 21. Juni 1869, die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns betr., in Bayern eingeführt vom 13. Mai 1871 abwärts durch das Gesetz vom 22. ausgegeben 29. April 1871, die Einführung norddeutscher Bundesgesetze in Bayern betr. §. 2.
16) In Bayern eingeführt durch §. 2 des Reichsgesetzes vom 22., ausgegeben 29. April und in Wirksamkeit vom 13. Mai 1871 abwärts, die Einführung norddeutscher Bundesgesetze in Bayern betr. Vgl. Art. 2 der Reichsverfassung. Vgl. Dr. Staudinger „die Einführung nordd. Justizgesetze als Reichsgesetze in Bayern" Abth. 2 S. 65 ff.

a) Zum Zwecke der Ermöglichung der Proceßführung.

Hieher gehören zunächst alle zur Aufrechthaltung der Gerichtspolizei verfügten Arreststrafen Artikel 151, 153, 420 Pr. O.

Ferner die Fälle, in welchen dem Gerichte oder Richter gestattet ist, Personen, welche die Ladungsfolge verweigert haben, realiter zu citiren. Realcitation ist nur gegen Zeugen (Artikel 427 Pr. O.) und solche Personen gestattet, welche diesen gleichbehandelt werden (Artikel 381 Absatz 2 Pr. O.). Sachverständige können nicht realiter citirt werden (vgl. §. 334 Ziff. II). Dasselbe gilt von Parteien [17]).

Nicht minder gehören hieher die Arreststrafen wider Arrestbeklagte wegen Nichtherausgabe der Beweisurkunden gegen den Drittschuldner. Artikel 981 Pr. O. [18]).

Weiter gehören hieher jene Fälle, in welchen die einer Partei oder einem Dritten auferlegte Proceßgeldstrafe wegen Uneinbringlichkeit derselben in eine Arreststrafe von Amtswegen beziehungsweise auf Antrag des Staatsanwalts umgewandelt wird. Arrest als eventuelles Surrogat von Vermögensstrafen. Artikel 147 mit Artikel 50, 52, 99, 174, 381, 385, 389, 390, 415, 427 bis 430, 432, 662, 674, 749, 785, 813 Pr. O.

Endlich sind noch hieher zu rechnen die Artikel 1231 und 1248 der Pr. O.

Alle diese Bestimmungen des bayr. Rechts bleiben aufrecht. Argum.

„Die gesetzlichen Bestimmungen, welche den Personalarrest ge-
„statten, um die Einleitung oder Fortsetzung des Proceßverfah-
„rens zu sichern, bleiben unberührt". [19])

b) Zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers d. i. der definitiven Vollstreckung.

Hieher gehören vor Allem die Fälle der Naturalexecution in den Artikeln 174 [20]) und 863 [21]) der bayr. Pr. O. Sie bleiben von dem allegirten Reichsgesetze unberührt. Argum. e contr.

„der Personalarrest ist als Executionsmittel in bürgerlichen
„Rechtssachen insoferne nicht mehr statthaft, als dadurch die
„Zahlung einer Geldsumme oder die Leistung einer
„Quantität vertretbarer Sachen oder (vertretba-
„rer) Werthpapiere erzwungen werden soll". [22])

Anlangend die Fälle der Geldexecution [23]), so gehören hieher die Artikel 887 Absatz 3 u. 1139 Ziffer 1, 2 u. 3 der b. Pr. O. Durch den §. 1 des Reichsgesetzes ist Artikel 887 Absatz 3 der b. Pr. O., insofern er eine selbständige Bestimmung neben Artikel

---

17) Artikel 155, 378, 380 Pr. O.

18) Fällt allerdings auch unter den Gesichtspunct von Litt. b.

19) §. 2 des allegirten Reichgesetzes.

20) In anderen Fällen der Verpflichtung ad faciendum schließt schon die bayr. Pr. O. die Personalhaft als Executionsmittel aus.

21) Verpflichtungen zum Unterlassen, Dulden.

22) §. 1 l. c.

23) Verpflichtung zum Leisten, dare, im Gegensatz der Verpflichtung zum Thun, Unterlassen oder Dulden. Vgl. Anmerkungen 20 und 21.

1139 enthält, aufgehoben. Von Artikel 1139 bleibt der in Ziffer 3 erwähnte Fall von dem Reichsgesetze unberührt. Arg. §. 2 des Reichsgesetzes:

„oder die gefährdete Execution in das Vermögen des Schuld„ners zu sichern."

Selbstverständlich ist es aber Sache des Gläubigers die Voraussetzungen dieser Ziffer 3 im einzelnen Falle zu beweisen. — Die Bestimmungen der Ziffer 1 und 2 in Artikel 1139 der b. Pr. O. bleiben durch das Reichsgesetz insoweit unberührt, als es sich um andere Verbindlichkeiten als die Zahlung einer Geldsumme oder die Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen oder vertretbarer Papiere handelt [24]). Insoweit es sich aber um Leistungen solcher Art wirklich fragt, erscheint Artikel 1139 in seinen beiden ersten Ziffern, wie folgt, modificirt.

Absolut ausgeschlossen ist die Personalhaft, wenn der Schuldner ganz vermögenslos ist, weil sie dann zwecklos wäre, ferner wenn der Schuldner nur unbewegliches Vermögen und dieses blos im Inlande (Deutschland) hat, weil sie dann unnöthig wäre, indem der Gläubiger unmittelbar auf das Immobiliare des Schuldners greifen kann.

In den übrigen Fällen d. h. wenn der Schuldner Vermögen hat, das nicht ausschließend in inländischen Liegenschaften besteht, ist, den dem Gläubiger obliegenden Beweis dieser Thatsache vorausgesetzt [25]), Personalhaft zulässig, wenn

entweder

der Schuldner Ausländer (Nichtdeutscher) ist, der auch politischen d. h. Schutz durch Staatsvertrag gegen Personalhaft nicht genießt und dessen Vermögen, soweit es in inländischen [26]) Liegenschaften besteht, sei es an sich oder wegen Belastung mit Hypotheken, zur Deckung des Gläubigers in Haupt- und Nebensache nicht hinreicht [27]),

oder

wenn der inländische Schuldner flüchtig oder der Flucht dringend verdächtig ist oder dauernden Aufenthalt außer Deutschland schon genommen hat oder zu nehmen im Begriffe steht [28]) und sein

---

24) §. 1 des Reichgesetzes.

25) Die Bestimmung des Artikel 1166 der b. Pr. O., wonach dem Begehren des Schuldners auf Freilassung ohne weiteres entsprochen werden muß, wenn seine Haft 6 Monate gedauert hat und nicht vom Gläubiger der Beweis erbracht wird, daß demselben Befriedigungsmittel zu Gebote stehen, welche er dem Zugriff entzieht (Vergl. Abg. Prot. IV, 357--359), ist nur mehr dahin aufrecht erhalten, daß dem Schuldner zu aller Zeit der Gegenbeweis freisteht, taugliche Befriedigungsmittel nicht zu besitzen. Vgl. Artikel 617 Pr. O.

26) Scil. im deutschen Reiche gelegenen.

27) Festzuhalten ist, daß die Haft nie Selbstzweck sein darf, sondern nur Mittel, um die bisher erschwerte Zugänglichkeit des schuldnerischen Vermögens zu erleichtern. Wo dieses Vermögen leicht angehbar, im Inland ꝛc., ist Personalhaft unzulässig.

28) Ob nach den vom Gläubiger glaubhaft zu machenden Umständen eine solche Gefährde gegeben sei, steht zu richterlichem Ermessen. Die Gefährde liegt übrigens nicht sowohl in der Thatsache der Flucht ꝛc. als in der mit der Flucht ꝛc. verbundenen Entziehung, Erschwerung der Zugänglichkeit von Vermögensobjecten u. s. w.

Vermögen, soweit es in inländischen [29]) Liegenschaften besteht, an sich oder wegen Belastung mit Hypotheken zur Deckung des Gläubigers in Haupt- und Nebensache nicht hinreicht [30]). Selbst in diesem Falle ist übrigens Personalhaft gegen einen Inländer nicht zulässig, wenn er in einem auswärtigen Staate dauernden Aufenthalt genommen hat [31]) oder zu nehmen beabsichtigt, der seine eigenen Angehörigen durch Staatsvertrag gegen Verhaftung gesichert hat. Hieraus folgt, daß der Inländer, welcher zur Zeit nur flüchtig oder der Flucht dringend verdächtig ist, wenn auch seine wirkliche oder beabsichtigte Flucht ihre Richtung nach einem solchen auswärtigen Staate nimmt, deshalb von der Personalhaft nicht befreit wird. Dasselbe muß aber auch vom Ausländer gelten, der im Fall der obigen ersten Alternative seine Freilassung von der Haft nur auf einen bezüglichen Staatsvertrag stützen kann, aber als flüchtig oder der Flucht dringend verdächtig anzusehen ist, nicht blos weil man nicht wissen kann, ob er sich in sein Land oder in einen dritten Staat begeben wird, sondern hauptsächlich deswegen, weil der Ausländer durch Staatsvertrag wohl dem Inländer gleich, aber nie besser gestellt werden darf.

c) Anlangend die Personalhaft als Vorsichtsverfügung, so unterliegt dieselbe zunächst allen den Beschränkungen, welchen die Personalhaft zum Zwecke der definitiven Vollstreckung (Artikel 1139) unterworfen ist [32]) (vgl. das unter Littera b Gesagte), — außerdem aber noch zweien weiteren Einschränkungen.

Die Verhaftung des Schuldners als Vorsichtsverfügung kann nämlich [33]) nur wegen bereits klagbarer Forderungen verfügt werden [34]).

In allen Fällen kann ferner statt der Verhaftung des Schuldners auf seinen Antrag die Beigebung einer Wache oder die einfache Polizeiaufsicht verfügt werden, wenn dadurch hinreichende Sicherheit geboten ist und der Schuldner die Bewachungs- oder Aufsichtskosten vorschießt [35]). Eine solche Milderung kann auch nach bereits vollzogener Haft noch begehrt und gewährt werden [36]).

Endlich bleibt die Bestimmung der b. Pr. O., wonach der im Vollzuge eines Arrestes (Artikel 607 der Pr. O.) [37]) Verhaftete auf seinen Antrag der Haft zu entlassen ist, wenn er glaubhaft darthut, daß er keine (nicht schon nach Hauptstück 32, 34 oder 35 der Pr. O. an sich unangreifbare) Mittel zur Befriedig-

29) Scil. im deutschen Reiche gelegenen.
30) Vgl. Abg. Ref. III, 61.
31) Vgl. Abg. Prot. IV, 336.
32) Artikel 612 der b. Pr. O. in Verbindung mit dem allegirten Reichsgesetze, die Aufhebung der Schuldhaft betr.
33) Vorbehaltlich der Bestimmung des Artikel 614 Pr. O. Vgl. §. 404.
34) Artikel 612 Absatz 1 Pr. O. Also nicht wegen noch nicht fälliger Forderungen, Artikel 605 Absatz 2 Pr. O.
35) Artikel 616 Pr. O.
36) Artikel 631 Pr. O.
37) Im Gegensatz zu dem Falle des Artikel 614 Pr. O.

ung seines Gläubigers besitzt [38]), nur mit der Modification aufrecht, wonach die obenallegirten Schlußworte zu lauten haben:
„daß er keine ꝛc. Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers „mehr besitze."

5) Der Richter ist in allen Fällen, auch wenn sämmtliche Voraussetzungen zur Anordnung einer Vorsichtsverfügung behauptet (§. 399) und bescheinigt sind (§§. 402 und 403), befugt, den Vollzug der zu treffenden Provisionalmaßregel von einer Sicherheitsleistung für Kosten- und Schadensersatz [39]) abhängig zu machen [40]).

6) Vorsichtsverfügungen wegen einer Geldforderung oder eines in Geld anschlagbaren Anspruchs kann der Implorat, wenn sich dies mit der Erreichung des Zwecks verträgt [41]), durch Sicherheitsleistung abwenden [42]).

Hiebei kommen die Bestimmungen des Artikel 126 Ziffer 1 bis 4 über die zulässigen Cautionsmittel [43]), des Artikel 127 Absatz 2 bis 5 und des Artikel 128 über das bei der Cautionserrichtung einzuhaltende Verfahren [44]), endlich des Artikel 129 Absatz 1 der Pr. O. [45]) über die zulässigen Rechtsmittel [46]) zur Anwendung [47]).

Daß hier nicht nothwendig von einem Arrest die Rede ist, ergibt sich aus der Zulässigkeit von Provisorien im engeren Sinne auch für Geldforderungen [48]).

II. Der Arrest als Vorsichtsverfügung unterliegt außer den unter Ziffer I angeführten noch folgenden weiteren Beschränkungen:

1) Arrest kann nur verfügt werden, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß die wirksame Geltendmachung des Anspruchs ohne solche Maßregel unmöglich oder doch erheblich erschwert sein werde.

Letzteres ist bei Klagen von Inländern schon dann anzunehmen, wenn außerdem die Vollstreckung im Ausland stattfinden müßte [49]). Als Inländer ist jeder Angehörige des deutschen Reiches zu betrachten [50]).

---

38) Artikel 617 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 336.
39) Abg. Ref. II. 454.
40) Artikel 609 Absatz 2 Pr. O. Vergl. §. 402 Ziffer II; §. 403 Ziffer I, 1 und Ziffer II, 1.
41) Bei Arresten wohl immer.
42) Artikel 615 Absatz 1 Pr. O.
43) §. 164 Ziffer III, 1—4.
44) §. 164 Ziffer IV, Nr. 2 und 3.
45) Vgl. Artikel 130 Pr. O. und §. 165.
46) §. 164 Ziffer V.
47) Artikel 615 Absatz 1 Pr. O.
48) Abg. Prot. II, 413. Vgl. Abg. Ref. III, 61—62.
49) Artikel 611 Pr. O. Vgl. Abg. Ref. II, 454.
50) „Für ganz Deutschland besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Unterthan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zu festem Wohnsitze, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Aemtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechts und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen, wie der Einheimische

Uebrigens ist Arrestverfügung auch zu Gunsten eines Ausländers gegen einen Ausländer [51]) und zwar selbst dann zulässig, wenn der sicherzustellende Anspruch nicht im Inland [52]) entstanden ist [53]), — vorausgesetzt daß die Erfordernisse des Arrestes in anderer Weise dargethan sind [54]). Nur der Umstand allein, daß für den Anspruch [55]) des Ausländers die Vollstreckung (wo immer) im Auslande stattfinden müßte, ist kein zureichender Arrestgrund.

2) Ist Arrest in der Art verfügt worden, daß dem Gläubiger die Ermächtigung ertheilt wurde, in seinen Händen befindliche Sachen des Schuldners oder an diesen zu leistende Zahlungen bis auf weitere Verfügung zurückzubehalten [56]): so kann der Implorat beantragen, daß diese Beträge oder Sachen gerichtlich hinterlegt oder letztere an einen Sequester übergeben werden [57]).

III. Bei Provisorien im engeren Sinne darf

1) Eine Veränderung oder Beschränkung des Besitzstandes ohne dringende Noth, d. h. wenn der Zweck auf eine irgend welch' andere Weise erreichbar ist, nicht angeordnet werden [58]).

Unter dem Besitzstand ist die naturalis poss., detentio verstanden. Besitzrechte (Civilbesitz) werden auch durch solche Vorsichtsverfügungen nicht alterirt, welche den natürlichen Besitz momentan verrücken [59]).

2) Die Vorsichtsverfügung des Verbots der Veräußerung und weiteren Belastung unbeweglicher Güter ist in der Pfalz nur zur Sicherung

---

zuzulassen, auch in Betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes demselben gleich zu behandeln ist." Artikel 3 Absatz 1 der Reichsverfassung.

51) „Bei Anwendung der Civil- und Strafproceßgesetze, welche Vorschriften zum Nachtheile der Ausländer enthalten, sowie der Gesetze, welche sich auf den Concurs über das Vermögen der Ausländer beziehen, ist jeder Angehörige des deutschen Reiches als Inländer anzusehen." Gesetz vom 21. Juni 1869, die Gewährung der Rechtshilfe betr. §. 39 Absatz 1 (eingeführt vom 1. Juli 1871).

„Für die Anwendung derjenigen Vorschriften der bayr. Civilproceßordnung, welche den Gerichtsstand oder die Personalhaft betreffen, oder überhaupt auf der Annahme beruhen, daß die Rechtsverfolgung im Auslande die Geltendmachung eines Anspruchs erschwere, ist gleichfalls das gesammte Gebiet des deutschen Reichs als Inland zu betrachten." §. 6 des Reichsgesetzes vom 22. April 1871, die Einführung norddeutscher Bundesgesetze in Bayern betreffend.

52) D. h. dem Gesammtgebiet des deutschen Reichs. Vgl. Anm. 50 u. 51.

53) Artikel 607 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §. 97. Uebrigens folgt aus dieser Specialbestimmung keineswegs, daß Vorsichtsverfügungen im engeren Sinne nicht von Ausländern gegen Ausländer im Inland (Deutschland, hier Bayern) erwirkt werden können. Solche sind zulässig, wenn für den Anspruch nach Artikel 19 der Pr. O. in Bayern (Inland) ein Klagerecht besteht und die sonstigen Voraussetzungen einer Provisionalmaßregel gegeben sind.

54) Vgl. Abg. Prot. II, 424; IV, 13, 14.

55) Gleichviel von welcher Art dieser ist.

56) Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.

57) Artikel 631 Pr. O.

58) Artikel 610 Absatz 1. Vgl. Artikel 605 Ziffer 2 Pr. O.

59) Artikel 641 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 414.

von Geldforderungen oder sonstigen in Geld anschlagbaren Ansprüchen gestattet [60]), — also nur für Provisionalarreste, nicht für Provisorien im engeren Sinne.

Der Grund hiefür liegt in der Natur der pfälzischen Hypothekengesetzgebung und in den Vorschriften der Artikel 2148 bis 2150 des code civil, welche nur vom Eintrage von Hypotheken handeln [61]).

## II.

### Verfahren.

### §. 402 [1]).

Arreste und Provisorien im engeren Sinne unterscheiden sich, wie schon angedeutet, wesentlich in processualer Beziehung.

Bei Arrestgesuchen ist Raschheit der Procedur das herrschende Interesse. Sie tritt nach zwei Richtungen hervor, in Ansehung der Competenz und des Gehörs des Imploraten. Arreste werden nicht vom Gerichte, sondern von einzelnen Richtern, überdies aber ohne vorgängige Vernachrichtung und ohne Gehör des Imploraten verfügt [2]).

---

60) Artikel 68 Absatz 1 Einf. Ges. z. Pr. O.

61) Vgl. Abg. Prot. IV, 437, 495; R. Ref. II, 512, 513, 515; R. Prot. V, 53.

1) Quellen zu Artikel 608 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 454—455, 459.
Abg. Prot. II, 415—416, 448, 459.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 609 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 454—455, 460.
Abg. Prot. II, 415—416, 448, 459.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 618 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 455, 460.
Abg. Prot. II, 417, 448—449, 459; IV, 336—337, 368.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288; IV, 84—85; V, 9.
Quellen zu Artikel 632 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 454—455, 460—461.
Abg. Prot. II, 416—417, 449, 461; IV, 337, 338, 369.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288; IV, 88—90.
Quellen zu Artikel 639 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 458, 463.
Abg. Prot. II, 423, 448, 449, 463; III, 91—92, 103; IV, 338, 370.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288; IV, 92.
Die Quellen zu Artikel 615 Pr. O. siehe bei §. 401.

2) Abg. Ref. II, 455. Beantragt der Implorat selbst, den Gegner vorher zu hören, so ist dies statthaft und das Verfahren, wie es im folgenden §. für Provisorien im engeren Sinne dargestellt wird, entsprechend anzuwenden.

I. Zuständigkeit.

Arrestgesuche (Art. 607) sind in der Regel d. h. in allen Fällen, in welchen nicht eine Ausnahme ausdrücklich vorgeschrieben beziehungsweise gestattet ist (Ziff. 1, 2, 3), bei dem Vorstande des in der Hauptsache m. a. W. für die zu sichernde Forderung [3]) als erster Instanz zuständigen Collegial- oder Einzelngerichts und, wenn mehrere Gerichte hiefür zugleich zuständig sind, nach Wahl des Imploranten beim Vorstande Eines derselben anzubringen [4]). Will bei möglicher und etwa beabsichtigter Klagenhäufung in der Hauptsache das Arrestgesuch gleichwohl auf einen der beklagtischen Streitgenossen beschränkt werden, so besteht auch für dieses Arrestgesuch freie Wahl des Forums nach Artikel 20 der Pr. O. Die Wahl hat überdies die Folge nicht, daß seiner Zeit die Hauptklage gegen alle Streitgenossen nun auch bei dem einmal angegangenen Arrestforum angebracht werden müsse. Denn Artikel 32 enthält nur eine Facultät [5]). Die gleiche Wahlfreiheit wird für den Fall zu vindiciren sein, wenn für mehrere Forderungen oder Theile der nämlichen Forderung [6]), von welchen einzelne bei Gericht anhängig, andere noch nicht anhängig beziehungsweise im Executionsverfahren begriffen sind, Arrest erwirkt werden soll [7]).

Von dieser Regel bestehen folgende Ausnahmen. Das Arrestgesuch ist anzubringen:

1) Wenn wegen der zu sichernden Forderung bereits ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet ist [8]), — bei dem Vorstande des Vollstreckungsgerichts [9]).

2) Wenn dies nicht der Fall, aber die Hauptsache [10]) bei Gericht im ersten Rechtszuge oder in jenem der Berufung anhängig ist, — bei dem Vorstande des Proceßgerichts erster oder zweiter Instanz, beziehungsweise des betreffenden ständigen Civilsenats [11]).

Hieher gehört auch der Fall, wenn nach Einleitung des Vollstreckungsverfahrens ein Proceß entstanden und anhängig ist, sei es in erster oder zweiter Instanz [12]).

Die Anwendung der Ziffer 2 des Artikel 618 ist nicht ausgeschlossen, wenn die Sache nur deshalb in zweiter Instanz anhängig wurde, weil ein Zwischenurtheil, ein Separaturtheil über eine Vorfrage angefochten ist. Nicht minder ist, wenn gegen ein Zwischenurtheil z. B. auf Eid Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt und die Sache insoferne an die Cassationsinstanz gebracht wurde, das Arrestgesuch beim Proceß- d. i. jenem Gerichte (beziehungsweise dessen betreffendem Vorstand) anzubringen, welches das Interlocut erlassen hat. Bei dem bisherigen Proceßgerichte erster Instanz beziehungs-

3) Abg. Prot. II, 337.
4) Artikel 618 Absatz 1 Ziffer 3 Pr. O. (Vgl. Artikel 705 Ziffer 3.)
5) Vgl. auch Artikel 641 Absatz 2 Pr. O.
6) Fällige und nichtfällige Zielfristen.
7) Vgl. Wernz a. a. O. S. 852.
8) Artikel 842 Pr. O.
9) Artikel 618 Absatz 1 Ziffer 1 Pr. O. Vgl. Artikel 840, 953, 965 Pr. O.
10) Der die zu sichernde Forderung betreffende Proceß. Abg. Prot. IV, 337.
11) Artikel 618 Absatz 1 Ziffer 2.
12) Artikel 868 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 337.

weise dessen betreffendem Vorstand ist endlich das Gesuch anzubringen, welches zu einer Zeit gestellt werden will, zu welcher das Definitivurtheil in der Hauptsache weder in Rechtskraft getreten, noch mit Berufung angefochten, noch in Bezug darauf ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet ist [13]).

Dagegen muß das Arrestgesuch beim betreffenden Erstinstanzgerichte nach der Regel angebracht werden, wenn es zu einer Zeit zu stellen ist, wo das Definitivurtheil in der Hauptsache die Rechtskraft beschritten hat, ein Executionsverfahren aber noch nicht eingeleitet ist, — gleichviel ob etwa zur Zeit eine Nichtigkeitsbeschwerde bei der Cassationsinstanz anhängig ist oder nicht.

3) Bei dringender Gefahr können Arrestgesuche in allen Fällen auch bei dem Einzelnrichter angebracht werden, in dessen Bezirk der Arrest vollzogen werden soll [14]). Befinden sich bei demjenigen Einzelngerichte, bei welchem als Vollstreckungs- oder Proceßgericht (Artikel 618 Ziffer 1 und 2) oder wegen dringender Gefahr (Artikel 618 Absatz 2) das Arrestgesuch angebracht werden will, mehrere Richter: so ist, wenn die Hauptsache schon hier anhängig ist, das Gesuch an den mit dieser befaßten, — außerdem an den mit den streitigen Civilsachen ständig betrauten und, wenn dies mehrere sind, an den Vorstand der betreffenden Abtheilung zu richten [15]).

II. Arrestgesuch.

Arreste werden niemals von Amtswegen, sondern immer nur auf Antrag verfügt.

In dem Gesuche [16]) sind der Anspruch (oder das Rechtsverhältniß), wegen dessen die Verfügung beantragt wird [17]), und die thatsächlichen Verhältnisse, welche ihre Erlassung rechtfertigen sollen [18]), darzulegen, insbesondere, daß die wirksame Geltendmachung des Anspruchs ohne die beantragte Maßregel unmöglich oder doch erheblich erschwert sein würde, — und soweit sie nicht schon aus den Umständen als wahrscheinlich sich ergeben [19]), zu bescheinigen [20]). Mangelt ausnahmsweise [21]) diese Bescheinigung, so kann die Vorsichtsverfügung gleichwohl getroffen werden, wenn der Gesuchsteller wegen der daraus dem Gegner drohenden Nachtheile eine von dem Richter nach den Umständen des Falles frei zu bestimmende und im Gesuch mit anzubietende Sicherheit leistet oder nach richterlichem Ermessen durch seine persönlichen und Vermögensverhältnisse genügende Sicherheit bietet [22]). Ist dem Imploranten Sicherheitsleistung wegen Mangels der Bescheinigung oder ungeachtet solcher [23]) auferlegt, so wird die

---

13) Arg. Artikel 179 Absatz 3 Pr. O.
14) Artikel 618 Absatz 2 Pr. O.
15) Abg. Prot. II, 448—449; IV, 336,, 337.
16) Ueber die Form des Gesuchs und die Vertretung der Partei 2c. vgl. §. 406.
17) Artikel 605 Absatz 1 init. u. Absatz 2; Artikel 607; Artikel 612 Absatz 1 Pr. O.
18) Artikel 605 Ziffer 1; Artikel 611 und 612 Pr. O. §§. 1 und 2 des deutschen Schuldhaftgesetzes vom 29. Mai 1868; vgl. in letzterer Beziehung insbesondere §. 401.
19) Vgl. Abg. Prot. II, 415—416.
20) Artikel 608 Absatz 1 Pr. O.
21) Vgl. Abg. Prot. II, 448.
22) Artikel 609 Absatz 1 Pr. O.
23) Vgl. §. 401 Ziffer I, 5.

Caution von ihm einseitig bestellt, und läßt dieser bei der Vollstreckung des Arrestes in den Fällen des Artikel 126 Ziffer 1 bis 3 der Pr. O.[24]) die über die Sicherheitsleistung ausgefertigte Bescheinigung, im Falle des Artikel 126 Ziffer 4 der Pr. O.[25]) die betreffende Notariatsurkunde zustellen[26]). Da der Implorat sich unter Umständen vom Arrest durch Sicherheitsleistung befreien kann[27]), so ist, damit die Ausübung dieser Befugniß nicht gehindert werde, der Betrag, für welchen im erwähnten Fall die Sicherheit verlangt wird, in Haupt- und Nebensache unter Darlegung der betreffenden Anhaltspuncte soweit möglich anzugeben[28]). Ist eine Geldforderung Gegenstand der Sicherung, so ist sie ohnehin bestimmt; die Vorschrift hat daher vorzüglich für Nichtgeldforderungen Bedeutung. „Soweit möglich" deutet auf besondere Ausnahmsfälle, wo zur Zeit eine bestimmte oder bestimmtere Angabe nicht gemacht werden kann z. B. wenn es sich um Rechnungspflicht handelt[29]).

Das Gesuch muß ferner ein bestimmtes Begehren enthalten und die Gegenstände, an welchen die Arrestverfügung vollzogen werden soll, sowie gegebenen Falls die dritten Personen, bei denen dies zu geschehen hat, soweit möglich bezeichnen. Dem Richter kann es nicht überlassen werden, die ihm angemessen scheinende Maßregel zu wählen. Aber allerdings kann ihm ein gewisser Spielraum eingeräumt werden, indem primäre und eventuelle petita cumulirt werden. Auch ist in einem Falle wenigstens nicht ausgeschlossen, daß der Richter eine Ergänzung des Begehrens veranlaßt[30]). Die Worte „soweit möglich" deuten auf jene Ausnahmsfälle, in welchen dem Imploranten die erforderliche genaue Information nicht zugemuthet werden kann z. B. wegen besonderer Dringlichkeit der Sache oder weil nach den Umständen der Implorant über den dermaligen Inhaber der bezüglichen Objecte, den dermaligen Schuldner des Arrestaten, den Betrag der zu beschlagnahmenden Forderung genügende Erfahrungen zu sammeln nicht in der Lage war. Daß dem so sei, muß, wenn die Umstände es nicht von selbst ergeben, wahrscheinlich gemacht werden.

III. Arrestverfügung.

Die Verfügung erfolgt durch den Gerichts- oder Senatsvorstand beziehungsweise den Einzelnrichter ohne vorläufige Mittheilung des Gesuchs an den Imploraten und ohne Vernehmung des letzteren[31]). Hiedurch unterscheidet sich vorzugsweise der Arrest von Provisorien im engeren Sinne. Es soll dem Imploraten unmöglich gemacht werden, die ihm durch Mittheilung des Gesuchs zu Theil werdende Kenntniß von der Absicht seines Gegners in der Art zu mißbrauchen, daß er in der Zwischenzeit bis zur Arrestverfügung die Arrestobjecte beseitigt. Da ihm die Verfügung beim Vollzuge doch zugestellt werden muß[32]), hat er

24) Vgl. §§. 164, 165.
25) Vgl. dieses Werk. a. a. O.
26) Artikel 609 Absatz 3 Pr. O.
27) Artikel 615 Absatz 1 Pr. O. Vgl. §. 401 Ziffer I, 6.
28) Artikel 615 Absatz 2 Pr. O. Vgl. auch Artikel 625 Absatz 3.
29) Abg. Prot. IV, 416.
30) Vgl. §. 401 Ziffer I, 2.
31) Artikel 618 Absatz 3 Pr. O.
32) §. 404.

noch Gelegenheit genug, seine Rechte durch Cautionsleistung [33]) oder Antrag auf Aufhebung oder Abänderung der Ordonnanz [34]) zu wahren.

Inhaltlich muß die Ordonnanz die getroffene Maßregel, die Gegenstände, woran, die Personen, bei welchen und den Betrag, für welchen sie ausgeführt werden soll, möglichst präcis bezeichnen. Was in dieser Richtung vom Gesuche und seinen Erfordernissen gesagt ist, gilt auch von der Verfügung. Hinsichtlich der Angabe des zu sichernden Forderungsbetrags wiederholt das Gesetz seine allgemeinen Vorschriften für zwei Specialfälle besonders:

1) In Fällen, in welchen der Arrest durch Caution abgewendet werden kann [35]), soll der Betrag, für welchen die Sicherheit zu leisten ist, in der Vorsichtsverfügung unter Berücksichtigung des Anspruchs in Haupt- und Nebensache festgesetzt werden [36]). Wo freilich eine völlig genaue Angabe schon im Gesuche nicht möglich war, gilt das in dieser Beziehung Bemerkte auch für die Verfügung.
2) Wurde der Arrest mittelst des Verbots der Veräußerung oder Belastung unbeweglicher Güter verfügt, so muß der Betrag, für welchen der Schuldner, um die erlassene Vorsichtsverfügung abzuwenden, Sicherheit zu leisten hat, in der Ordonnanz um so mehr genau angegeben werden, als außerdem der Eintrag im Hypothekenbuch nicht geschehen dürfte [37]).

Fehlt diese Festsetzung in der Verfügung, so hat sie auf Antrag des Imploraten, der Caution stellen will, unter Vernehmung des Imploranten nachträglich zu geschehen. Das bezügliche Gesuch ist, wenn die Arrestverfügung eine bei Gericht anhängige Sache betrifft, oder mit einer solchen im Zusammenhange steht, bei diesem Gerichte in der für Zwischenstreite vorgeschriebenen Weise [38]), andernfalls bei dem Richter, welcher die Verfügung erlassen hat, anzubringen und zu erledigen [39]). Aus den angeführten Specialbestimmungen darf übrigens nicht der Schluß gezogen werden, als ob in allen andern Fällen die Betragsangabe fehlen dürfe. Dies ergibt sich schon daraus, daß keine Vorsichtsverfügung über das quantitative Bedürfniß ausgedehnt werden darf [40]), daß Pfändungen nur bis zur Höhe des bezüglichen Anspruchs [41]), Sicherheitsarreste nur bis zum Belaufe des betreffenden Guthabens [42]) stattfinden.

Ist ferner die Angabe der Arrestobjecte schon im Allgemeinen nothwendig, so ist sie dann unerläßlich, wenn es sich um das Verbot der Veräußerung oder weiteren Belastung unbeweglicher Güter handelt, weil ohne den entsprechenden Einzelnbeschrieb in der Arrestverfügung der Eintrag im Hypothekenbuche behindert wäre [43]). War, von diesem Falle abgesehen,

---

33) Vgl. oben Ziffer II.
34) §. 405.
35) Artikel 615 Absatz 1 Pr. O.
36) Artikel 615 Absatz 2 Pr. O.
37) Artikel 625 Absatz 3 Vgl. §. 404.
38) Artikel 483 ff.; Artikel 510 Pr. O.
39) Artikel 632 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 337.
40) Artikel 610 Pr. O.
41) Artikel 859 Pr. O.
42) Artikel 972 Ziffer 3 und 4 mit Artikel 1002 Absatz 2 Pr. O.
43) Artikel 625 Absatz 2 Pr. O.

eine genauere Bezeichnung der Arrestobjecte und ihrer Inhaber, des Drittschuldners, der zu beschlagnahmenden Forderung in quali et quanto schon im Gesuche nicht möglich [44]), so kann die Verfügung sich in gleichem Maße allgemein halten z. B. auf die Ermächtigung lauten, die da oder dort vorfindlichen Mobilien 2c. [45]), die auszumittelnden Außenstände 2c. bei A oder einer anderen Person zu beschlagnahmen.

Wird eine Sequestration beweglicher oder unbeweglicher [46]) Sachen verfügt, so ist der Sequester sogleich in der Verfügung zu ernennen [47]). Es ist Sache des Antragstellers, die nöthigen Anhaltspuncte für die Person des zu wählenden Sequesters bei seiner Gesuchstellung mitanzugeben. Haben, was wohl bei Arrestgesuchen kaum vorkommen wird, sich beide Parteien über die Person des Sequesters schon geeinigt, so hat es hiebei sein Bewenden. Ist dies nicht geschehen und auch vom Antragsteller eine taugliche Person nicht präsentirt beziehungsweise namhaft gemacht, so bestimmt der Richter die Person des Sequesters. Wäre auch ihm eine taugliche Person augenblicklich nicht bekannt, so hat er die Erlassung seiner Verfügung solange auszusetzen, bis auf dem einen oder andern Weg eine taugliche Person gefunden ist [48]). Endlich sind in die Verfügung die nach den Verhältnissen des Falles nöthigen Verwaltungsvorschriften, je nach Bedarf allgemeiner oder specieller, aufzunehmen [49]).

Wird endlich der Antrag auf Bewilligung eines Arrestes abgewiesen, so ist der Antragsteller zugleich in die bis dahin erwachsenen Kosten zu verurtheilen. Anderenfalls wird unabbrüchig der Bestimmung des Artikel 636 Absatz 1 [50]) der Proc. Ordnung die Entscheidung über den Kosten- und Schadensersatz dem Urtheil [51]) in der Hauptsache vorbehalten [52]).

In Ansehung der Form der Verfügung, ihrer Aushändigung 2c. ist auf §. 406 zu verweisen.

## §. 403 [1]).

Bei Gesuchen um Provisorien im engeren Sinne ist zu unterscheiden, ob die zu begehrende Verfügung eine bereits bei Gericht an-

44) Vgl. Ziffer II.
45) Bei Pfändungen Regel.
46) Abg. Prot. II, 449.
47) Artikel 622 Pr. O.
48) Abg. Prot. II, 417.
49) Artikel 622 Pr. O.
50) D. h. die Entscheidung über die Kosten und Schäden des Arrestpunctes ist mit der Entscheidung über die Hauptsache zu verbinden, wenn nicht die Arrestverfügung früher als schon ursprünglich unbegründet aufgehoben und der Arrestimplorant demzufolge zugleich in die bezüglichen Kosten und Schäden verurtheilt wurde. Vgl. Abg. Prot. II, 449.
51) Aus Versehen ist hier der Ausdruck „Erkenntniß" gegen die übliche Terminologie stehen geblieben — der einzige Fall dieser Art.
52) Artikel 623 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 619 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 455—456, 460—461.
Abg. Prot. II, 417, 448—449, 460; IV, 337, 338, 368.
R. Ref. I, 31, 112.

hängige Sache betrifft oder mit einer solchen in Zusammenhang steht, — oder ob Keines von Beiden der Fall ist.

I. Wenn die nachzusuchende Vorsichtsverfügung eine bereits bei Gericht anhängige Sache betrifft oder mit einer solchen zusammenhängt, so ist

1) der bezügliche Antrag an das Gericht, bei welchem die Hauptsache im ersten oder zweiten Rechtszug[2]) anhängig ist (Proceßgericht) zu stellen und zwar in der für Zwischenstreite vorgeschriebenen Weise[3]). Demgemäß kommen im Anwaltsproceß die Bestimmungen des Artikel 483 und ff., im Parteiproceß die Vorschriften des Art. 510 der Pr. O. zur Anwendung, allenfalls, bei besonderer Dringlichkeit der Provisionalsache, in Verbindung mit Artikel 259 oder 502 Absatz 2 der Pr. O., oder wo veranlaßt in Verbindung mit Artikel 157 Absatz 2.

In dem Gesuche sind der Anspruch oder das Rechtsverhältniß, wegen dessen die Verfügung beantragt wird, und die thatsächlichen Verhältnisse, welche ihre Erlassung rechtfertigen sollen[4]), darzulegen und, soweit sie nicht schon aus den Umständen als wahrscheinlich sich ergeben, zu bescheinigen[5]). Mangelt diese Bescheinigung, so kann die Vorsichtsverfügung gleichwohl getroffen werden, wenn der Gesuchsteller wegen der dem Gegner daraus drohenden Nachtheile eine von dem Gerichte nach den Umständen des Falles zu bestimmende Sicherheit leistet oder nach richterlichem Ermessen durch seine persönlichen und Vermögensverhältnisse hinreichende Sicherheit bietet[6]). Auf diese Sicherheitsleistung und, wenn dem Imploranten trotz gelieferter Bescheinigung Caution auferlegt

---

R. Prot. II, 288; IV, 85—86.
Quellen zu Artikel 620 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 455—456, 460—461.
Abg. Prot. II, 417, 448—449, 460; IV, 337, 338, 368.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288; IV, 67, 86—87; V, 10.
Quellen zu Artikel 621 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 455—456, 460—461.
Abg. Prot. II, 417, 448—449, 460.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 622 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 456, 460—461.
Abg. Prot. II, 417, 448—449, 460.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 623 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 455—456, 460—461.
Abg. Prot. II, 417, 448—449, 460.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 608 und 609 Pr. O. siehe bei §. 402.

2) Artikel 705 Ziff. 3 Pr. O.
3) Artikel 619 Absatz 1 Pr. O. Vgl. Artikel 705 Ziffer 3 Pr. O.
4) Artikel 605 Pr. O.
5) Artikel 608 Absatz 1 Pr. O.
6) Artikel 609 Absatz 1 Pr. O.

wird [7]), auch auf letztere finden die Vorschriften des Artikel 127 der Pr. O. Anwendung [8]). Vgl. §. 164. Der Fall, in welchem der Implorat befugt ist, die Vorsichtsverfügung durch Sicherheitsleistung abzuwenden [9]), wird zwar hier selten gegeben sein. Möglich ist er immerhin, wenn nämlich die Verfügung wegen einer Geldforderung oder eines in Geld anschlagbaren Anspruchs nachgesucht wird, überdies in einer derjenigen Maßregeln bestehen soll, welche in §. 401 unter Ziffer I, 4 und 10 erwähnt wurden, und wenn die Abwendung dieser Maßregel durch Caution sich mit der Erreichung des Zweckes verträgt. Liegen diese Voraussetzungen vor, so gilt hinsichtlich der genauen Angabe des zu sichernden Betrags dasjenige, was in gleichem Fall von Arrestgesuchen bemerkt ist [10]). Was dort von der Nothwendigkeit eines bestimmten Begehrens, der genauen Bezeichnung der Gegenstände, an welchen, der dritten Personen, bei welchen die Vorsichtsverfügung vollzogen werden soll, gesagt ist, gilt entsprechend auch hier [11]). Bezüglich der Form des Gesuchs, der Parteivertretung 2c., ist auf §. 406 zu verweisen.

Definitive Provisionalverfügung, Vorsichtsverfügung.

2) Bei dringender d. h. keinen Aufschub duldender Gefahr können in solchen Fällen durch den Vorstand des Gerichts oder Senats, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist, und selbst durch den Einzelnrichter [12]), in dessen Bezirk die Verfügung vollstreckt werden soll, auf einseitiges Gesuch einer Partei einstweilige Verfügungen [13]) erlassen werden. Die bezeichnete Gefahr ist, wenn sie nicht aus den Umständen hervorgeht, zu bescheinigen; in Ermanglung solcher Bescheinigung finden die unter Ziffer 1 erwähnten Vorschriften des Artikel 609 Absatz 1 über Cautionsbestellung durch den Imploranten Anwendung. Die Caution wird in diesem Falle von dem Imploranten einseitig gestellt und läßt dieser bei der Vollstreckung der Vorsichtsverfügung in den Fällen des Art. 126 Ziffer 1 bis 3 die über die Sicherheitsleistung ausgefertigte Bescheinigung, im Falle des Art. 126 Ziff. 4 der Pr. O. die betreffende Notariatsurkunde zustellen [14]). Die einstweilige Verfügung ist zwar sofort vollstreckbar [15]), muß aber unverzüglich der Gegenpartei zugestellt werden [16]). Provisorium im Provisorium. Anlangend die Form des bezüglichen Gesuchs, die Parteivertretung in Frage und die Form der

---

7) Vgl. §. 401 Ziffer I, 5.
8) Artikel 609 Absatz 3 init.
9) Artikel 615 Pr. O.
10) §. 402 Ziffer II.
11) Artikel 608 Absatz 2 Pr. O.
12) Vgl. Abg. Prot. II, 449.
13) Es wurde dieser Ausdruck gewählt, um schon hiedurch erkennen zu lassen, daß ihnen die Wirkungen der vom competenten Richter erlassenen eigentlichen Vorsichtsverfügungen (vorläufige Verfügung) nur theilweise zukommen. Abg. Prot. II, 449.
14) Artikel 603 Absatz 3 Pr. O. in fine.
15) Artikel 639 Absatz 2 Pr. O.
16) Artikel 620 Absatz 1 Pr. O.

einstweiligen Verfügung, so ist auf §. 406 zu verweisen. Bei der Verhandlung über die nachgesuchte Vorsichtsverfügung beziehungsweise über die Hauptsache (Ziffer 1) wird auch über die Rechtfertigung der einstweiligen Verfügung verhandelt.

3) Anlangend das Urtheil über die nachgesuchte Provisionalverfügung (Ziffer 1), so findet in Ansehung seines Inhalts dasjenige entsprechende Anwendung, was in §. 402 unter Ziffer III gesagt ist. Nur kann selbstverständlich der dort unter Ziffer III, 2 beregte Fall hier nicht vorkommen, weil dann nicht ein Provisorium im engeren Sinne, sondern ein Arrest gegeben wäre. Die Ernennung eines Sequesters durch Parteiübereinkunft geschieht bei der contradictorischen Verhandlung. Mangelt es augenblicklich an einer tauglichen Person hiezu, so ist die Urtheilspublication zu vertagen. Wird das Provisionalgesuch abgewiesen[17]), so ist der Antragsteller zugleich in die bis dahin erwachsenen Kosten und zum Ersatze des Schadens zu verurtheilen, welcher dem Gegner durch den Vollzug einer etwa früher erlassenen und inzwischen vollstreckten, aber nun mit aufgehobenen einstweiligen Verfügung verursacht worden ist. Kosten und Schäden sind sogleich zu liquidiren. In allen anderen Fällen wird unabbrüchig der Bestimmung des Art. 636 Abs. 1 der Pr. O. die Entscheidung über Kosten und Schadensersatz dem Endurtheile in der Hauptsache vorbehalten, wenn es nicht sogleich mitergehen kann[18]).

Hinsichtlich der Form des Urtheils, seiner Ausfertigung ꝛc. ist auf §. 406 zu verweisen.

II. Wenn die nachzusuchende Vorsichtsverfügung keine im ersten oder zweiten Rechtszug[19]) anhängige Sache betrifft, noch mit einer solchen im Zusammenhange steht, so ist

1) der Antrag, wenn wegen der Sache, worauf sich die Vorsichtsverfügung bezieht, ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet ist[20]), bei dem Vorstande des Vollstreckungsgerichts, d. h. desjenigen Gerichts erster Instanz, das eventuell für Executionsstreitigkeiten in der Hauptsache zuständig wäre[21]), — andernfalls bei dem Vorstande des in der Hauptsache zuständigen Gerichts d. h. desjenigen Gerichts erster Instanz, welches in der Sache, worauf sich die Vorsichtsverfügung bezieht, zuständig ist[22]), zu stellen[23]). Im Uebrigen gilt bezüglich der inhaltlichen Erfordernisse des Gesuchs dann der betreffenden Cautionsanerbieten und der Auferlegung von solchen das unter Ziffer I, 1 Bemerkte; die Leistung der wegen Mangels der Bescheinigung oder trotz solcher dem Imploranten auferlegten Caution geschieht dagegen

17) Vgl. Abg. Ref. II, 455.
18) Artikel 623 Pr. O.
19) Hieher gehört auch der Fall, wenn die Sache beim obersten Gerichtshof als Cassationsinstanz anhängig ist.
20) d. h. ohne daß eine Vollstreckungsstreitigkeit anhängig geworden ist, welchen Falls die unter Ziffer I dargestellten Grundsätze Anwendung finden müßten. Abg. Prot II, 337.
21) Abg. Ref. II, 455.
22) Abg. Ref. II, 455.
23) Artikel 619 Absatz 2 Pr. O.

ganz so wie im gleichen Fall bei Arresten [24]). In Ansehung der Form des Gesuchs und der Parteivertretung ist auf §. 406 zu verweisen.

Der Gerichtsvorstand hat, falls er nicht den Antrag von vorneherein als unbegründet abweist, sofort und zunächst durch schriftliche, dem Imploranten auch in der Urschrift zu behändigende Verfügung anzuordnen, daß über den Antrag zwischen den Parteien vor ihm verhandelt werde und hiezu möglichst nahe Tagfahrt anzuberaumen [25]).

2) Bei dringender Gefahr können auch in solchen Fällen auf einseitiges Gesuch einer Partei einstweilige und sofort vollstreckbare Verfügungen ganz so, wie unter Ziffer I, 2 erwähnt, von dem zur Erlassung der Vorsichtsverfügung (Ziff. II, 1) zuständigen Gerichtsvorstande schon sogleich bei Anberaumung der Tagfahrt und außerdem auch von dem Einzelnrichter, in dessen Bezirk die Verfügung zu vollziehen ist, erlassen werden. Im letzteren Falle sind aber das betreffende Gesuch, für welches wenn mündlich angebracht die protokollarische Aufnahme zu rathen ist, und die erlassene einstweilige Verfügung unverzüglich von dem Gesuchsteller dem zuständigen Gerichtsvorstande (Ziffer II, 1) [26]) vorzulegen. Dieser hat zu der auch in diesem Fall vor ihm über die nachgesuchte Vorsichtsverfügung einschließlich der einstweiligen Verfügung zu pflegenden Verhandlung möglichst nahe Tagfahrt anzusetzen [27]). Um jede Willkühr auszuschließen, kann der Einzelnrichter die Bewilligung der einstweiligen Verfügung an die Bedingung knüpfen, daß dieselbe dem zuständigen Gerichtsvorstand binnen bestimmter Frist vorgelegt werde.

3) Gleichviel ob die Verhandlungstagfahrt ohne oder mit Erlassung einer einstweiligen Verfügung (durch den Gerichtsvorstand oder Einzelrichter des Vollzugsbezirks) festgesetzt wurde, — hat der Antragsteller die Gegenpartei hiezu unter Zustellung des Gesuchs und der Tagfahrtsfestsetzung sowie der etwa erlassenen einstweiligen Verfügung mit Angabe des Tagfahrtszwecks so zeitig vorladen zu lassen, daß deren Erscheinen bei der Verhandlung möglich ist [28]). Eine bestimmte Ladungsfrist ist zwar nicht vorgeschrieben; aber der Richter prüft nach freiem Ermessen, ob die dem Imploraten gegönnte Zeit ausreichend war, und ordnet, wenn er diese Frage verneint, neue Vorladung an [29]).

4) Erscheinen an der Verhandlungstagfahrt beide Theile, so sind sie über den Sachverhalt zu vernehmen und ist dieser durch sachgemäße Fragen möglichst aufzuklären. Es ist sodann, wenn dies nach Lage der Sache angemessen erscheint, ein Sühneversuch vorzunehmen und in Ermanglung eines Vergleichs das den Sachverhältnissen Entsprechende zu verfügen. Die etwa erlassene einstweilige [30]) Ver-

24) Artikel 609 Absatz 3 i. f. Pr. O. Vgl. §. 402 Ziffer II.
25) Artikel 609 Absatz 2 Pr. O.
26) Also möglicher Weise auch dem Vorstand eines andern Einzelngerichts.
27) Artikel 620 Absatz 2 Pr. O.
28) Artikel 621 Absatz 1 Pr. O.
29) Vgl. Artikel 220, 300, 520 Absatz 1 Pr. O.
30) Artikel 621 Absatz 2 Pr. O.

fügung ist je nach den Umständen zu bestätigen, abzuändern oder aufzuheben. Erscheint der Implorat gehöriger Vorladung ungeachtet nicht, so gilt zwar das thatsächliche Vorbringen des Imploranten als zugestanden[31]: doch ist dem darauf gestützten Begehren nur insoferne stattzugeben, als es auch rechtlich begründet sich darstellt[32]. Erscheint der Antragsteller nicht, so ist sein Gesuch abzuweisen und die von ihm etwa erwirkte einstweilige Verfügung aufzuheben[33].

Wird dem Provisionalgesuche stattgegeben, so findet in Bezug auf den Inhalt der zu erlassenden Vorsichtsverfügung dasjenige entsprechende Anwendung, was in dieser Hinsicht von Arrestverfügungen und Provisionalurtheilen gesagt ist. Vgl. §. 402 Ziffer III und §. 403 Ziffer I, 3. Ebenso gilt, was an der zuletzt in Bezug genommenen Stelle hinsichtlich der Entscheidung über Kosten und Schäden bemerkt ist, auch hier.

Hinsichtlich der Form der Verhandlung und Entscheidung und der Parteivertretung bei der ersteren ist auf §. 406 zu verweisen.

So complicirt auf den ersten Anblick das Verfahren bei Gesuchen um Provisorien im engeren Sinne scheint, so ist es im Grunde doch einfach und dem praktischen Bedürfniß angepaßt. Die Competenz bestimmt sich danach, ob ein die Sache selbst betreffender Proceß (gleichviel ob eine gewöhnliche oder Vollstreckungsstreitigkeit) bereits anhängig ist oder nicht. Ersternfalls hat das Gericht, letzternfalls der Gerichtsvorstand den Provisionalpunct zu entscheiden. Immer aber geht dieser Entscheidung eine Verhandlung voraus, dort in den Formen des Zwischenstreites, hier in noch mehr summarischer Weise. Ziffer I, 1 und 3, Ziffer II, 1, 3 und 4. In allen Fällen endlich ist dort dem Gerichts- oder Senats-, hier dem Gerichtsvorstande und bei besonders dringender Gefahr allgemein dem Einzelnrichter des Vollzugsbezirks die Befugniß zu einstweiligen[34] Verfügungen ohne Vernehmung des Imploraten eingeräumt. Ziffer I, 2 und II, 2.

## §. 404 [1].

I. Ist eine Entscheidung erlassen, welche eine Vorsichtsverfügung an-

---

31) Artikel 297, 520 Pr. O. Auch dies setzt die Zustellung des Gesuchs voraus. Neue Thatsachen, die erst bei der Verhandlung nachgetragen werden, können nicht als zugestanden gelten. Zulässig sind Nachträge nach Art. 180 ff. und 506, wenn beide Theile gegenwärtig; außerdem ist Vertagung und Zustellung nöthig.

32) Artikel 621 Absatz 4 Pr. O.

33) Artikel 621 Absatz 3 Pr. O.

34) Abg. Ref. II, 455.

1) Quellen zu Artikel 624 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 456, 461.
Abg. Prot. II, 417, 448, 449, 460; IV, 337, 338, 369.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288; IV, 87—88.
Quellen zu Artikel 625 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 456—457, 461; III, 62.
Abg. Prot. II, 417—420, 448, 449, 460; IV, 119, 163.

ordnet, so handelt es sich weiterhin um deren Vollstreckung. Die Voraussetzung dieser ist die Vollstreckbarkeit der betreffenden Verfügung.

1) Die Erlasse und Beschlüsse der Einzelnrichter[2]), Gerichts= und Senatsvorstände, mit andern Worten einzelner Richter sind, gleichviel ob sie eine definitive Vorsichtsverfügung oder nur eine einstweilige Verfügung anordnen, kraft des Gesetzes sofort vollstreckbar. Die Vollstreckung wie deren Fortsetzung wird auch durch wirklich gestellte Anträge auf Aufhebung oder Abänderung[3]) solange nicht gehemmt[4]), als nicht auf die letztbezeichneten Anträge hin eine stattgebende neue Entscheidung erfolgt und in das Stadium der Vollstreckbarkeit[5]) getreten ist.

2) Die von den Gerichten (auch Einzelngerichten als solchen) mittels Urtheils getroffenen Vorsichtsverfügungen stehen in Bezug auf ihre Vollstreckbarkeit unter der allgemeinen Regel.

Sie können vom Gerichte als ohne Rücksicht auf Einspruch oder Berufung vorläufig vollstreckbar erklärt werden[6]), je nach Umständen gegen oder ohne Sicherheitsleistung. Ist dies nicht geschehen, so muß der Ablauf einer etwaigen Einspruchsfrist beziehungsweise die Erledigung des erhobenen Einspruchs abgewartet, sowie bei richtiger und rechtzeitiger Einlegung einer statthaften Berufung mit der Vollstreckung eingehalten werden[7]). Ueber die Vollstreckung

---

R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 626 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 456--457, 461.
Abg. Prot. II, 417—420, 448, 449, 460; IV, 119, 163.
R. Ref. I, 31, 112; II, 202.
R. Prot. II, 288; IV, 67.
Quellen zu Artikel 627 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 457, 461.
Abg. Prot. II, 421, 448, 449, 461.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 628 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 457, 461.
Abg. Prot. II, 421, 448, 449, 461.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 629 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 457, 461.
Abg. Prot. II, 421, 448, 449, 461.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 639 Pr. O. sieh' bei §. 402.

2) Im Gegensatz zu den Urtheilen der Einzelngerichte.
3) §. 405.
4) Artikel 639 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Artikel 640 und 764.
5) Bezüglich der Vollstreckbarkeit jener Erlasse, welche die Aufhebung oder Abänderung der Vorsichtsverfügung aussprechen, vgl. §. 405 Ziffer III, 1. Vgl. auch ibidem Ziffer III, 2.
6) Ueber das Verfahren vgl. Gerichtsvollzieherhandbuch §. 119. Das Nähere gehört in das Vollstreckungsverfahren.
7) Artikel 639 Absatz 3 init. Vgl. Artikel 640 und 764 Pr. O.
Bezüglich der Vollstreckbarkeit von gerichtlichen Urtheilen, welche die gänzliche oder theilweise Aufhebung von Vorsichtsverfügungen 2c. aussprechen, vgl. §. 405 Ziffer III, 2.

von Urtheilen, welche eine durch einen Dritten zu vollziehende Anordnung enthalten und zugleich dem Einspruch oder der Berufung unterliegen, vgl. Artikel 828 und 829 der Pr. O.

Ueber die Nothwendigkeit einer der Vollstreckung vorgängigen Cautionserrichtung, wenn der Vollzug der Vorsichtsverfügung 2c. an die Leistung einer Sicherheit durch den Imploranten geknüpft ist [8]), sowie das dabei einzuhaltende Verfahren vergl. die §§. 401, 402 und 403.

II. Hinsichtlich der Vollstreckung muß man unterscheiden, ob die verfügte Provisionalmaßregel eine solche ist, welche das Gesetz zugleich als Vollstreckungsmittel bezeichnet oder nicht.

A. Soweit die Vorsichtsverfügungen in Maßregeln bestehen, welche das Gesetz zugleich als Vollstreckungsmittel bezeichnet [9]), bestimmt schon der Artikel 613 der Pr. O., in welchem Umfang und unter welchen Beschränkungen die einzelnen Arten der Vollstreckungsmittel als Vollzugsmittel für Vorsichtsverfügungen zulässig sind [10]).

Dagegen bestimmt der Artikel 624 der Pr. O. das bei Anwendung eines Vollstreckungsmittels zum Vollzug einer Vorsichtsverfügung einzuhaltende Verfahren, den modus procedendi [11]).

Er giebt nach dieser Richtung zwei allgemeine Regeln:

Der Vollzug der Vorsichtsverfügung sowie das weitere Verfahren hat sich nach den für das betreffende Vollstreckungsmittel bestehenden Vorschriften zu richten, — insoweit es einerseits nach dem noch nicht auf definitive Befriedigung (Veräußerung, Einweisung in beschlagnahmte Forderungen 2c.), sondern auf Sicherung oder einstweilige Befriedigung beschränkten Zwecke der Vorsichtsverfügung überhaupt durchzuführen, und soferne nicht durch gesetzliche Specialvorschriften Abweichungen normirt sind. Eine solche Specialbestimmung besteht insbesondere für Vorsichtsverfügungen, welche bei einem Dritten zu vollstrecken sind, hier ist die Zustellung eines Befriedigungsgebots an den Imploraten nicht erforderlich [12]). Eine weitere Specialvorschrift bestimmt, daß der Vollzug von Vorsichtsverfügungen überhaupt an keinerlei Vollstreckungsfrist gebunden ist [13]).

Die zweite allgemeine Regel des Artikel 624 der Pr. O. geht dahin, daß die Vorsichtsverfügung bei der Vollstreckung zuzustellen ist, falls deren Zustellung nicht schon früher stattgefunden hat [14]) oder nach einer gesetzlichen Specialvorschrift zur Zeit unterbleiben darf [15]). Eine solche Specialvorschrift besteht für jene Fälle, in welchen die Vorsichtsverfügung bei einem Dritten zu vollstrecken ist; hier bedarf es einer vorgängigen Zustellung an den Schuldner nicht, mit der nächsten Zustellung ist ihm aber auch die betreffende Verfügung nachträglich zuzustellen [16]).

8) Artikel 609, 639 Pr. O.
9) Vgl. Artikel 856 bis 865 Pr. O.
10) Vgl. §. 401 Ziff. I, 4.
11) Abg. Ref. II, 456; Abg. Prot. II, 417.
12) Artikel 844 Pr. O.
13) Artikel 845 Pr. O.
14) Vgl. Artikel 620 Pr. O.
15) Artikel 624 i. f. Pr. O.
16) Artikel 832 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 337.
Daß übrigens die Zustellung, wo sie stattzufinden hat, abschriftlich ge-

Anlangend die einzelnen Vollstreckungsmittel, welche gesetzlich auch zum Vollzuge von Vorsichtsverfügungen benützbar sind, so gehören hieher sowohl solche, welche zum Zwecke der Geld-, als solche, welche zum Zwecke der Natural-Execution dienen.

1) Von den Vollstreckungsmitteln für Geldexecution sind zum Vollzuge von Vorsichtsverfügungen anwendbar die Pfändung von Fahrnissen und Früchten auf der Wurzel[17]) (vgl. insbesondere Artikel 902, 905 bis 918, 920, 922, 938 Pr. O.[18]), — der Arrest auf Forderungen, als Provisionalmaßregel Sicherheitsarrest genannt[19]) (vgl. Art. 1002 bis 1006 Pr. O., ferner Art. 982, 984, 988 Pr. O.[20]), — endlich die Personalhaft[21]). Befindet sich der Implorat auf freiem Fuße oder in Untersuchungs- oder Strafhaft, so finden alle Bestimmungen über den Vollzug der Schuldhaft als Vollstreckungsmittel[22]) auch auf den Vollzug der Haft als Provisionalmaßregel Anwendung[23]). Befindet sich der Implorat auf Grund anderweiter Civilansprüche bereits in Vollstreckungs- oder Provisionalhaft, so wird die auf Verhaftung lautende (neuerliche) Vorsichtsverfügung mittels Anschließung an die frühere Verhaftung vollzogen[24]) u. s. w.

Das Nähere gehört in die Lehre vom Vollstreckungsverfahren, wo insbesondere Specialvorschriften auch für den Fall gegeben sind, wenn dieselbe Maßregel in Beziehung auf denselben Gegenstand gleichzeitig von verschiedenen Parteien erwirkt resp. verwirklicht wird, und zwar sowohl als Vorsichtsverfügung z. B. mehrere Sicherheitsarreste, wie von der einen Partei als Vollstreckungs-, von der anderen als Vorsichtsmaßregel u. s. w.

2) Von den Vollstreckungsmitteln für Naturalexecution[25]) sind zum Vollzuge von Vorsichtsverfügungen anwendbar das Verbot der Vornahme bestimmter Handlungen[26]), der unmittelbare Zwang zu bestimmten Leistungen[27]), und der unmittelbare Zwang zu bestimmten Handlungen[28]), wohin insbesondere gehören die Herausgabe streitiger Sachen zu vorläufigem Besitz an den Gegner[29]), die Hinterlegung beweglicher Sachen bei Gericht[30]) und die Uebergabe unbeweglicher Sachen zur Verwahrung oder Verwaltung an einen Dritten (Sequester), Sequestration[31]).

---

schieht, ergeben schon die allgemeinen Vorschriften. Der höchst abnorme Fall, in welchem eine Urschrift zuzustellen, liegt hier nicht vor. Abg. Prot. II, 449.

17) Artikel 606 Ziff. 2 mit Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.

18) Mit Ausschluß der Bestimmungen über die Veräußerung der Pfandobjecte.

19) Artikel 606 Ziffer 2 mit Artikel 607 Pr. O.

20) Gerichtsvollzieherhandbuch Seite 463 bis 469.

21) Artikel 606 Ziffer 7 mit Artikel 607 Abs. 1 Pr. O.

22) Artikel 1145 bis 1171 Pr. O.

23) Artikel 1172 init.

24) Artikel 1172 init. und Ziffer 1.

25) Artikel 860 bis 865 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 218.

26) Artikel 606 Ziff. 1. Vgl. Artikel 863 bis 865 Pr. O.

27) Artikel 606 Ziff. 1. Vgl. Artikel 860, 862 Pr. O.

28) Artikel 606 Ziff. 1. Vgl. Artikel 861, 862 Pr. O.

29) Artikel 606 Ziff. 4. Vgl. Artikel 860, 861 Pr. O.

30) Artikel 606 Ziff. 5 mit Artikel 607 Abs. 1 Pr. O.

31) Artikel 606 Ziff. 6 mit Artikel 607 Abs. 1 Pr. O. Vgl. Hauptstück XXXV Pr. O.

In Ansehung dieser Vollstreckungsmittel als Provisionalmaßregeln giebt nun allerdings die Pr. O. so ausgedehnte Specialvorschriften, daß für die Anwendung der betreffenden Bestimmungen des Vollstreckungsverfahrens wenig Raum bleibt.

Diese Sondervorschriften beziehen sich theils auf jede einzelne der erwähnten Executionsarten, theils sind sie denselben allen gemeinsam.

a) In Ersterer Richtung bestehen folgende Specialnormen:

Ist einer Partei der einstweilige Besitz überwiesen[32]), oder ist einer Partei die Vornahme bestimmter Handlungen verboten oder eine bestimmte Leistung oder Handlung auferlegt worden[33]): so liegt in der Zustellung der betreffenden Verfügung die Vollstreckung derselben[34]). Selbstverständlich muß mit der Zustellung die Aufforderung verbunden werden, der Vorsichtsverfügung zu entsprechen[35]). Wird der Aufforderung nicht genügt, so findet im ersterwähnten Fall Art. 860 und 861 der Pr. O. analoge Anwendung[36]), in den anderen Fällen je nach Gestalt der Sache Art. 860 Abs. 2, Art. 862 bis 865 Pr. O., — es sei denn, daß für den Fall der Nichtbefolgung der Vorsichtsverfügung bereits durch diese selbst Zwangsstrafen vorgesehen sind, bezüglich deren dann dasjenige gilt, was in den Artikeln 614 und 640 bestimmt ist. Vgl. die folgende littera b.

Die Vollstreckung der Verfügung, welche die Uebergabe unbeweglicher Güter zur Verwaltung an einen Sequester anordnet[37]), erfolgt dadurch, daß die Verfügung auf Betreiben des Imploranten dem ernannten Sequester durch Gerichtsvollzieheract mit der Aufforderung zugestellt wird, die Verwaltung sofort zu übernehmen[38]). Soweit nicht in der Vorsichtsverfügung besondere Verwaltungsvorschriften gegeben sind (Artikel 622), richtet sich die Verwaltung und Rechnungsstellung nach den im 35. Hauptstück der Pr. O. enthaltenen Bestimmungen. Wird der Uebernahme des Sequesters vom Besitzer Widerstand entgegengesetzt, so kann dieser in analoger Anwendung des Artikel 861 der Pr. O. beseitigt werden, — es sei denn bereits in der Vorsichtsverfügung selbst für diesen Fall eine Zwangsstrafe vorgesehen, wo dann dasjenige gilt, was die Artikel 614 und 640 der Pr. O. vorschreiben. Vgl. folgende littera b. Daß die Rechte Dritter in jedem Falle vorbehalten sind (Intervention), versteht sich von selbst. Auch ist zu beachten, daß hier die Sequestration streitiger Güter in Frage steht.

---

32) Artikel 606 Ziff. 4 Pr. O.
33) Artikel 606 Ziff. 1 Pr. O.
34) Artikel 628 Pr. O.
35) Abg. Prot. II, 421.
36) Abg. Prot. IV, 218.
37) Artikel 606 Ziff. 6 u. Artikel 607 Abs. 1 Pr. O.
38) Artikel 627 Absatz 2 Pr. O.
39) Artikel 1037, 1038 Pr. O.

b) Gemeinsam gilt für die verschiedenen Fälle, in welchen Provisionalmaßregeln vollzogen werden sollen, die Bestimmung des Artikel 614 der Proceßordnung [40]).

Für den Fall der Nichtbefolgung einer Vorsichtsverfügung nämlich können, wenn dies nach der Beschaffenheit der Verfügung und den sonstigen Umständen angemessen erscheint, d. h. wenn die dem Imploranten gesetzlich zustehenden Vollzugsmittel ungenügend erscheinen würden, — unbeschadet der nach allgemeinen Bestimmungen zulässigen, d. i. neben den gewöhnlichen Vollstreckungsmitteln — Zwangsstrafen [41]), bestehend in Geldbußen und selbst in Verhaftung, angedroht worden [42]).

Die Verhaftung nach Art. 614 kann nicht als eine bloße Proceßstrafe (vgl. §. 401 Ziffer II, 4 Littera a) oder Maßregel zur Sicherung des Proceßverfahrens im Sinne des §. 2 des Reichsgesetzes, die Aufhebung der Schuldhaft betr., angesehen werden. Sie ist ein Hilfs- beziehungsweise Zwangsmittel der Vollstreckung. Demzufolge gelten für die Anwendung des Art. 614 alle diejenigen Beschränkungen, welche in §. 401 Ziffer I, 4 Littera b dargestellt worden sind.

Die Androhung muß in dem Gesuch um Erlassung der Vorsichtsverfügung beantragt und in der letzteren, wenn darauf eingegangen wird, zugleich mit ausgesprochen werden. Tritt der Fall ein, welcher den Imploranten veranlaßt, die Verwirklichung der angedrohten Geldbuße oder die Ermächtigung zum Vollzuge der angedrohten Verhaftung zu beantragen; so ist hiebei zu verfahren, wie bei Anträgen auf Erlassung von Vorsichtsverfügungen [43]). Wird dem Antrag entsprechend eine Geldstrafe verhängt, so ist zugleich eine höhere Geldstrafe für den Fall weiterer Nichtbefolgung der Vorsichtsverfügung anzudrohen, auch kann für diesen Fall die Verhaftung selbst angedroht werden, wenn sie früher nicht angedroht war [44]). Thut der Implorat der Vorsichtsverfügung nachgängig dem Ausspruch auf Verwirkung der Ungehorsamsstrafe Genüge, so ist er natürlich von der Haft frei beziehungsweise aus derselben zu entlassen. Eine erkannte Geldstrafe aber kann er durch nachträglichen Vollzug nicht mehr abwenden. Ferner ist über die Kosten, welche auf die Verhandlung und Entscheidung eines solchen Antrags erwachsen, stets sofort mitzuerkennen. Sie sind, wenn der Antrag abgewiesen wird, dem Antragsteller, andernfalls der Gegenpartei zu überbürden [45]).

---

40) Vom Reichsgesetze, die Aufhebung der Schuldhaft betreffend, unberührt. Vgl. §. 401 Ziffer II i. f.

41) Vgl. Abg. Prot. II, 413.

42) Freilich werden es in der Regel Fälle des unmittelbaren Zwangs (der Naturalexecution) sein, in welchen sich die Heranziehung der in Artikel 614 bezeichneten Maßregeln als Hilfsmittel der Vollstreckung eignet.

43) Artikel 640 Absatz 1 Pr. O.

44) Artikel 640 Absatz 3 Pr. O.

45) Artikel 640 Absatz 2 Pr. O.

Auch in Ansehung der Vollstreckbarkeit einer auf solchen Antrag ergangenen Entscheidung finden die Bestimmungen Anwendung, welche für die Vollstreckbarkeit der eine Vorsichtsverfügung anordnenden Entscheidungen maßgebend sind (§. 404 Ziffer I)[46]).

Die Vollstreckung der die Geldstrafe oder Ermächtigung zur Verhaftung aussprechenden Verfügung richtet sich gemäß der Bestimmung des Artikel 624 der Pr. O. nach den für die Geldstrafe und Verhaftung als Vollstreckungsmittel bestehenden Vorschriften, also nach Artikel 864 der Pr. Ordnung, nicht etwa (bezüglich der Geldstrafen) nach Art. 147. Allerdings ist in diesem Artikel eine Ausnahme nur für Geldstrafen als Vollstreckungsmittel gemacht. Allein nach dem Geiste des Gesetzes können Geldstrafen zum Vollzuge von Provisionalmaßregeln nicht wie gewöhnliche Proceßstrafen behandelt werden. Sie sind wahre Vollstreckungsmittel. Ihre Beitreibung geschieht von der bezugsberechtigten Partei im Wege der gewöhnlichen Geldexekution.

Es ist endlich der Fall denkbar, daß in einer erlassenen Vorsichtsverfügung zwar eine Zwangsstrafe nicht angedroht wurde, solche Androhung aber sich als nothwendig bezeigt. Daß eine Ergänzung der Vorsichtsverfügung im Sinne des Artikels 614 der Pr. O. an sich statthaft sei, kann nicht bezweifelt werden. Was aber das dabei einzuhaltende Verfahren betrifft, so läßt die Pr. O. ausdrückliche Vorschriften darüber vermissen. Meines Erachtens wird es zulässig sein, die bezeichnete Ergänzung in derselben Weise zu erwirken, in welcher die Vorsichtsverfügung selbst erwirkt wurde. Man kann auch auf Grund des Artikel 624 der Pr. O. die Ansicht aufstellen, es sei analog nach Artikel 863 zu verfahren. Argum. voce:

„Soweit nicht bereits in der Urkunde Vorsorge getroffen ist."

B. Von jenen Provisionalmaßregeln, welche nicht zugleich gesetzliche Vollstreckungsmittel bilden, wird:

1) Das Verbot der Veräußerung und weiteren Belastung unbeweglicher Güter[47]) dadurch vollstreckt, daß der Implorant dasselbe in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise in das Hypothekenbuch eintragen läßt[48]). Hinsichtlich der Art und Weise des Eintrags ist für die Landestheile diesseits des Rheins das diesrheinische Hypothekengesetz maßgebend. Da es sich auch in dem Falle, wenn die Vorsichtsverfügung für eine bestimmte Summe bewilligt wurde, doch nur um eine Dispositionsbeschränkung handelt, so hat der Eintrag in der zweiten, nicht in der dritten Rubrik des Hypothekenbuchs zu geschehen und, wenn die betreffenden Güter auf verschiedenen Folien intabulirt sind, auf jedem Folium. War ein Folium bisher noch gar nicht eröffnet, so hat es nun

46) Artikel 640 Absatz 1 Pr. O.
47) Vgl. Artikel 606 Ziff. 3 und Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.
48) Artikel 625 Absatz 1 Pr. O.

zu geschehen[49]). In der Pfalz hat der Eintrag unter analoger Anwendung der Vorschriften des Code civ. Art. 2148 bis 2150 zu geschehen[50]). Wie die Güter, auf welche sich das Verbot erstreckt in der Vorsichtsverfügung einzeln beschrieben sein müssen[51]), so muß in der Pfalz[52]) wie diesseits des Rheins der Eintrag im Hypothekenbuche der Art beschaffen sein, daß die Güter aus letzterem ersichtlich sind[53]). Wurde endlich das Verbot zur Sicherstellung einer Geldforderung oder eines in Geld anschlagbaren Anspruchs erlassen (Arrest), so muß der Betrag, für welchen der Schuldner, um die erlassene Vorsichtsverfügung abzuwenden, Sicherheit zu leisten hat, wie in der Verfügung[54]), so auch in dem Hypothekenbuche angegeben sein[55]). Der Eintrag der Vorsichtsverfügung im Hypothekenbuche ist, wenn dieselbe in der einen oder anderen nöthigen Angabe Lücken enthält, solange zu verweigern, bis die entsprechende Ergänzung der Verfügung nachträglich vom Imploranten bei dem zuständigen Gericht oder Richter erwirkt ist[56]).

Von dem erfolgten Eintrag muß der Implorant der Gegenpartei durch Gerichtsvollzieheract unter Zustellung der erlassenen Vorsichtsverfügung Mittheilung machen lassen. Diese Mittheilung muß spätestens innerhalb 8 Tagen, falls sie in einem anderen Bezirksgerichtssprengel als demjenigen, wo der Eintrag erfolgt ist, zu geschehen hat, innerhalb 15 Tagen vom Tage des Eintrags in das Hypothekenbuch[57]) erfolgen[58]). Bei Versäumung der Frist hat der Implorat das Recht, die Wiederaufhebung der Vorsichtsverfügung zu beantragen[59]).

Gegen Dritte wirkt das Verbot der Veräußerung und weiteren Belastung unbeweglicher Güter von dem Zeitpuncte des Eintrags im Hypothekenbuche an, mag auch die Vorsichtsverfügung dem Schuldner erst später zugestellt werden. Demgemäß haben Veräußerungen und Belastungen mit Dienstbarkeiten oder Reallasten[60]), welche nach diesem Zeitpunct stattgefunden haben, sowie Hypotheken, welche nach demselben in das Hypothekenbuch eingetragen worden sind, demjenigen, der das Verbot erlangt hat und seinem Rechtsnachfolger gegenüber keine Wirksamkeit[61]). Es entspricht dies dem Grundsatze der

49) Abg. Prot. II, 418 bis 419.
50) Artikel 68 Absatz 2 Einf. Ges. z. Pr. O. Vgl. das Weitere für die Pfalz bei Wernz a. a. O. Seite 559 bis 560.
51) Vgl. §. 402, 403. — Grundsatz der Specialität Abg. Prot. II, 418.
52) Abg. Prot. II, 418, 420.
53) Artikel 625 Absatz 2 Pr. O.
54) §. 402.
55) Artikel 625 Absatz 3 Pr. O.
56) Vgl. §. 405 und 402.
57) Nicht der Erlassung der Verfügung. Abg. Prot. II, 420.
58) Artikel 625 Absatz 1. Vgl. Artikel 606 Ziff. 3.
59) Artikel 633 Abs. 1.
60) Als erschöpfender Ausdruck für alle dinglichen Lasten mit Ausnahme der Hypotheken. Abg. Prot. II, 449.
61) Artikel 626 Absatz 1 Pr. O.

Specialität der Hypotheken und der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs[62]). Veräußerungen, welche vor Eintrag des Verbots stattfinden, desgleichen Reallasten und Dienstbarkeiten, welche vor Eintrag der Dispositionsbeschränkung eingeräumt wurden, bleiben auch dann rechtswirksam, wenn sie in das Hypothekenbuch nicht intabulirt worden sind, vorausgesetzt, daß nach dem treffenden Orts geltenden Civilrecht der Eintrag im Hypothekenbuch zur Rechtswirksamkeit fraglicher Geschäfte nicht erforderlich war. Nur Hypotheken bedürfen zur giltigen Entstehung unbedingt des Eintrags[63]). War das Gut vor Eintrag der Dispositionsbeschränkung rechtswirksam veräußert und wird nun nach dem Eintrag der Besitztitel im Hypothekenbuche berichtigt, so kann natürlich der Erwerber auch gegen den Imploranten der Vorsichtsverfügung wirksame Hypothek intabuliren lassen, da die Vorsichtsverfügung in solchem Falle ohnehin kraftlos war. Uebrigens ist der Dritte, zu dessen Gunsten nach dem bezeichneten Zeitpunct Hypotheken eingetragen wurden oder der Schuldner eine Veräußerung oder Belastung mit Dienstbarkeiten oder Reallasten[64]) vorgenommen hat, berechtigt, die deshalb gegen ihn gerichteten Ansprüche des Gläubigers jederzeit dadurch zu beseitigen, daß er den in Artikel 625 Abs. 3 bezeichneten Betrag (Caution) bei Gericht erlegt[65]). Anderen Personen als dem Imploranten und seinen Rechtsfolgern giebt der Eintrag einer solchen Dispositionsbeschränkung ein Recht irgend welcher Art nicht, insbesondere nicht die Befugniß, die dem Eintrag etwa nachgängige Bestellung von Dienstbarkeiten und Reallasten oder Intabulirung von Hypotheken als für sie ungiltig zu bekämpfen. Ihnen gegenüber sind vielmehr solche nachträgliche Intabulirungen wirksam und können auch vom Hypothekenamte nicht verweigert werden.

2) Ist ein Gläubiger in Gemäßheit des Art. 607 der Pr. O. (Arrest) ermächtigt worden, in seinen Händen befindliche Sachen des Schuldners oder an diesen zu leistende Zahlungen vorläufig zurückzuhalten, so liegt in der Zustellung der betreffenden Verfügung an den Imploraten die Vollstreckung derselben[66]).

3) Die angeordnete Uebergabe beweglicher Sachen an einen Sequester wird, soferne sich der Implorant in deren Besitz befindet, durch die Uebergabe an den Sequester vollstreckt, falls aber der Schuldner oder ein Dritter im Besitze ist, durch die dem Besitzer unter Mittheilung der Vorsichtsverfügung mittels Gerichtsvollzieheracts zugestellte Aufforderung, die Uebergabe unverzüglich zu bewirken[67]). Bleibt die Aufforderung erfolglos, so

62) Die bezügliche Bestimmung war namentlich für die Pfalz nothwendig. Abg. Prot. II, 418, 420.
63) Abg. Prot. II, 419.
64) Abg. Prot. II, 420, 449.
65) Artikel 626 Absatz 2 Pr. O.
66) Artikel 628 Pr. O.
67) Artikel 627 Absatz 1 Pr. O.

kann der Implorant den Vollzug nach Artikel 860 der Pr. O. erzwingen, — vorausgesetzt, daß nicht für diesen Fall bereits in der Vorsichtsverfügung selbst eine Ungehorsamsstrafe angedroht ist, wo dann die Bestimmungen der Artikel 614 und 640 Platz greifen. Vgl. Littera A Nr. 2, b und i. f. von Littera B. Auch sind selbstverständlich die Rechte Dritter in jedem Falle vorbehalten (Intervention). Zu beachten ist endlich, daß es sich hier nur um die Sequestration streitiger Sachen handelt. Ist z. B. die Beschlagnahme von dem Schuldner gehörigen und in seinem oder im Besitze Dritter befindlichen Mobilien zum Behufe einer als Vorsichtsverfügung gestatteten Pfändung, oder die Beschlagnahme von an den Schuldner durch einen Dritten zu leistenden (zu liefernden) beweglichen Gegenständen zum Behufe eines Sicherheitsarrestes in Frage, so folgt aus der Natur der Sache wie aus allgemeinen Bestimmungen, daß die für die Pfändung [68]) beziehungsweise den Sicherheitsarrest [69]) maßgebenden Bestimmungen, die Wegnahme der betreffenden Gegenstände ohne vorherige Zustellung der Arrestverfügung an den Schuldner 2c., Platz greifen. Vgl. Litt. A Nr. 1 [70]).

4) Die angeordnete Hinterlegung beweglicher Sachen bei Gericht [71]) wird, soferne sich der Implorant im Besitze der betreffenden Sachen befindet, durch die Hinterlegung vollstreckt, falls aber der Schuldner oder ein Dritter im Besitze ist, durch die dem Besitzer unter Mittheilung der Vorsichtsverfügung mittels Gerichtsvollzieheracts zugestellte Aufforderung, die Hinterlegung unverzüglich zu bewerkstelligen [72]).

Was unter Ziffer 3 von der Erzwingung der Herausgabe zu sequestrirender Mobilien gesagt ist, gilt vorkommenden Falls auch hier. Desgleichen ist die dort bezüglich der Voraussetzung streitiger Sachen gemachte Bemerkung auch hieher zu beziehen.

5) Die Vollstreckung sonstiger Vorsichtsverfügungen, d. h. solcher, welche nicht in der Pr. O., aber in oder nach anderen Gesetzen z. B. dem Hypothekengesetze [73]) vorgesehen sind, — oder welche zwar in der Pr. O. erwähnt sind, aber ohne daß hier bezüglich ihrer Vollstreckung etwas bestimmt ist, — oder welche weder in der Pr. O. noch in sonstigen Gesetzen vorgesehen, aber durch die eigenthümlichen Verhältnisse des betreffenden Falls bedingt und deshalb in der Vorsichtsverfügung zugelassen sind [74]), richtet sich nach der Natur der betreffenden Verfügung [75]) m. a. W. nach

68) Artikel 905 bis 918 Pr. O.
69) Artikel 1002 ff. Pr. O.
70) Art. 624, 629 Pr. O. Abg. Ref. II, 457; Abg. Prot. II, 421.
71) Ohne Bestellung eines Sequesters. Artikel 606 Ziffer 5 und Artikel 607 Absatz 1 Pr. O.
72) Artikel 627 Absatz 1 Pr. O.
73) Z. B. Eintrag einer Hypothek als Vorsichtsverfügung in der III. Rubrik des Hypothekenbuchs (Hypothekenvormerkung §§. 28 und 30 des Hypothekengesetzes) im Gegensatz zum Eintrag einer Dispositionsbeschränkung nach Artikel 625 der Pr. O. Abg. Prot. II, 419 bis 420.
74) Vgl. Artikel 606 Pr. O. init.
75) Artikel 629 Pr. O.

den einschlägigen besonderen Gesetzen, eventuell nach den in der Vorsichtsverfügung bezüglich ihrer Vollstreckung enthaltenen richterlichen Anordnungen und in Ergänzung von beiden nach der Natur der Sache. Was unter Littera A, 2, b, bezüglich der Androhung von Zwangsstrafen gesagt ist, findet in hiezu geeigneten Fällen auch hier Anwendung.

## §. 405 [1]).

Erlassene Vorsichtsverfügungen können aus verschiedenen Gründen wieder aufgehoben oder abgeändert werden.

Man muß übrigens unterscheiden, ob es sich um die Anfechtung einer definitiven Vorsichtsverfügung [2]) oder einer blosen einstweiligen Verfügung [3]) handelt.

I. Die Aufhebung oder Abänderung einer definitiven Vorsichtsverfügung kann aus dreierlei Ursachen beantragt werden, nämlich entweder, weil sie ursprünglich d. i. nach den für ihre Erlassung erforderlichen Voraussetzungen nicht gerechtfertigt war, — oder weil sie im Vollzuge nicht gerechtfertigt war d. i. weil die Bedingungen nicht eingehalten wurden, an welche ihre Vollstreckung geknüpft worden ist, — oder endlich weil sich hinterher die Umstände geändert haben, unter welchen sie erlassen worden ist.

A. Fälle, in welchen die Aufhebung oder Abänderung einer definitiven Vorsichtsverfügung deshalb beantragt wird, weil sie ursprünglich,

---

1) Quellen zu Artikel 631 Pr. O.:
R. Ref. II, 457, 461—462.
Abg. Prot. II, 421, 448, 449, 461; IV, 337, 338, 369.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288; IV, 70—71, 88—89.
Quellen zu Artikel 633 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 457, 462.
Abg. Prot. II, 421, 448, 449, 461.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Quellen zu Artikel 634 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 457, 462; III, 62.
Abg. Prot. II, 421—422, 448, 449, 462; IV, 119, 165, 337, 338, 369.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288; IV, 90—91.
Quellen zu Artikel 635 der Pr. O.:
Abg. Ref. II, 457, 462.
Abg. Prot. II, 422, 448, 449, 462; III, 115—116, 337—338, 369.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288; IV, 91.
Quellen zu Artikel 636 Pr. O.:
R. Ref. II, 457, 462.
Abg. Prot. II, 421, 448, 449, 462.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.
Die Quellen zu Artikel 639 siehe bei §. 404.

2) Artikel 618 (Arreste §. 402) und 619 Abs. 1, dann 619 Abs. 2 mit 621 Pr. O. (Provisorien im engeren Sinne §. 403 Ziffer I, 1 und Ziffer II, 1 und 3).

3) Artikel 619 Abs. 1 mit 620 Abs. 1 Pr. O. (§. 403 Ziffer I, 2) und Artikel 619 Abs. 2 Pr. O. (§. 403 Ziffer II, 2).

sei es überhaupt oder so wie getroffen, nicht gerechtfertigt war.

Selbstverständlich gehört hieher auch der Fall, in welchem auf die ursprünglichen Verhältnisse hin verlangt wird, daß der Implorant nachträglich Sicherheit oder eine größere Sicherheit als die früher angeordnete binnen bestimmter Frist leiste, oder Beträge oder Sachen, die nach Artikel 607 in seinen Händen belassen worden sind, gerichtlich hinterlege oder einem Sequester übergebe (Abänderung der Vorsichtsverfügung), — nicht minder der Fall, in welchem der verhaftete Schuldner begehrt, wegen glaubhaft dargelegten nunmehrigen Mangels aller Befriedigungsmittel[4]) in Freiheit gesetzt zu werden (Aufhebung der Vorsichtsverfügung)[5]).

1) In allen Fällen, gleichviel insbesondere, ob die Vorsichtsverfügung mit oder ohne Gehör des Imploraten erlassen ist (Ziff. I, A, 2 a u. b), ob sie von dem Vorstande beziehungsweise Senatsvorstande eines Collegial- oder von dem Vorstande des für die Hauptsache zuständigen Einzelngerichts oder von einem lediglich wegen Dringlichkeit der Sache für die Erlassung der Vorsichtsverfügung zuständigen Einzelnrichter getroffen wurde, gleichviel endlich, ob zur Zeit ihrer Erlassung die Hauptsache bei dem hiefür zuständigen Gericht bereits anhängig war oder erst später anhängig wurde, — kann dieses Gericht die Vorsichtsverfügung auf Grund der vor ihm in der Hauptsache gepflogenen Verhandlungen und der daraus geschöpften Aufklärungen auf Antrag einer Partei jederzeit aufheben oder abändern und zwar das Berufungsgericht auch die vom Erstrichter erlassene Vorsichtsverfügung, nicht aber das Untergericht eine oberrichterlich erlassene oder bestätigte Vorsichtsverfügung[6]).

2) Außer dem unter Ziffer 1 erwähnten Falle kann zwar die Aufhebung oder Abänderung definitiver Vorsichtsverfügungen auch selbständig d. h. außer Verbindung mit der Verhandlung in der Hauptsache erwirkt werden. Man muß aber hiebei unterscheiden, ob die Vorsichtsverfügung auf vorgängiges Gehör des Imploraten erlassen wurde oder nicht.

a) Der ersterwähnte Fall ist bei allen Provisorien im engeren Sinne gegeben[7]). Dabei ist festzuhalten, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen dem Falle, wo der Implorat an der Verhandlung wirklich Theil genommen hat (zweiseitige Verhandlung), der andere rechtlich gleichsteht, wenn ihm zur Theilnahme an der Verhandlung durch Tagfahrtsanberaumung und richtige Ladung Gelegenheit gegeben war, er aber diese Gelegenheit nicht benützt und hiedurch veranlaßt hat, daß die Verhandlung vom Imploranten allein gepflogen wurde (einseitige Verhandlung)[8]).

---

4) Artikel 617 Pr. O. Vgl. §. 401 Ziffer I, 4 Littera c in fine.
5) Artikel 631 Pr. O.
6) Artikel 635 Abs. 2 und 3 Pr. O.
7) Fälle des Art. 619 Abs. 1 und 619 Absatz 2 mit 621 Pr. O.
8) Abg. Prot. II, 422. Von dem gewöhnlichen Einspruch im Ungehorsamsverfahren

Wurde nun die Vorsichtsverfügung vom Vorstande eines Collegialgerichts oder von einem Senatsvorstande erlassen[9]), so hat der Implorat, wenn er eine selbständige Aufhebung oder Abänderung der Vorsichtsverfügung erwirken will, seinen Antrag an das Gericht[10]) zu stellen[11]). Im Anwaltsprozesse ist das Gesuch in einem motivirten Antrage auszuführen, den der Gesuchsteller, nachdem durch den Gerichts- oder Senatsvorstand auf dem ihm hiezu vorzulegenden Antrage eine möglichst nahe Sitzung zur Verhandlung anberaumt worden, der Gegenpartei mit Vorladung in diese Sitzung zustellen zu lassen hat[12]), — bei den Handelsgerichten hat der Gesuchsteller die Gegenpartei in eine der nächsten Sitzungen durch Gerichtsvollzieheract vorladen zu lassen, in welchem die Beschwerdepuncte und das Gesuch zu bezeichnen sind[13]). Im einen wie im anderen Falle muß das erwähnte Gesuch unter Ladung der Gegenpartei bei Ausschlußvermeidung spätestens innerhalb einer (durch Parteiübereinkunft erstreckbaren) Frist von 15 Tagen zugestellt werden, gerechnet von dem Tage, wo die angefochtene Vorsichtsverfügung erlassen beziehungsweise verkündet (nicht zugestellt) worden ist[14]).

In Fällen, in welchen der Vorstand des für die Hauptsache zuständigen Einzelngerichts die definitive Vorsichtsverfügung auf Gehör des Imploraten erlassen hat, kann dieser eine Aufhebung oder Abänderung in selbständiger Weise d. h. von dem unter Ziffer 1 angegebenen Wege abgesehen nicht erwirken.

Ob endlich die Bestimmungen des Art. 634 der Pr. O. auch auf Beschlüsse Anwendung finden, welche einen Provisionalantrag abweisen, ist gegenüber der Vorschrift des Artikel 638 der Pr. O. mehr als zweifelhaft.

b) Wurde die Vorsichtsverfügung ohne Gehör des Imploraten erlassen (Fälle des Arrestes)[15]), so ist zu unterscheiden, ob die anzufechtende Vorsichtsverfügung eine bei Gericht bereits anhängige Sache betrifft oder mit einer solchen in Zusammenhang steht, — oder ob Keines von beiden der Fall ist.

In Fällen der letzterwähnten Art[16]) ist das Gesuch um Aufhebung oder Abänderung an keine Frist gebunden.

---

ist freilich auch in diesem Fall keine Rede, sondern nur von einem Antrage auf Aufhebung oder Abänderung wie in dem Falle, wo Implorat wirklich verhandelt hat. Abg. Ref. II, 215.

9) Fälle, in welchen für die Hauptsache ein Collegialgericht zuständig ist.

10) Beziehungsweise den betreffenden Civilsenat. — Beschwerde vom Gerichts- oder Senatsvorstande an das vorgesetzte Obergericht findet nicht statt.

11) Artikel 634 Absatz 1 Pr. O.

12) Artikel 634 Absatz 2 Pr. O.

13) Artikel 634 Absatz 3 Pr. O.

14) Artikel 634 Absatz 4 Pr. O.

15) Artikel 618. Vgl. Art. 607, 611, 615 Pr. O. §. 402.

16) Fälle des Artikel 618 Ziffer 1 und 3, gleichviel ob der Arrest vom Vorstande des einzeln- oder collegialgerichtlichen Vollstreckungs- oder des in der Hauptsache zu-

Es ist bei dem Gerichts- oder Senatsvorstande anzubringen, der die Verfügung erlassen hat. Dieser setzt Tagfahrt zur Verhandlung an. Der Antragsteller hat die Gegenpartei hiezu unter Zustellung der Tagfahrtsfestsetzung so zeitig vorladen zu lassen, daß deren Erscheinen bei der Verhandlung möglich ist. Erscheinen beide Theile, so sind sie über den Sachverhalt zu vernehmen und ist dieser durch sachgemäße Fragen möglichst aufzuklären. Es ist sodann, wenn dies nach Sachlage angemessen erscheint, ein Sühneversuch vorzunehmen und in Ermanglung eines Vergleichs nach dem Ergebnisse der Verhandlung auf Aufhebung, Abänderung oder Bestätigung der angefochtenen Vorsichtsverfügung zu erkennen. Erscheint der Antragsteller nicht, so ist sein Gesuch abzuweisen. Erscheint der Implorant gehöriger Vorladung ungeachtet nicht, so ist auf Grund des Vorbringens des Antragstellers das Sachgemäße zu verfügen [17]). Gegen die Entscheidung kann sich jeder Theil beschwerend an das Gericht wenden, gerade so, als wenn schon die ersterlassene Verfügung nach vorgängiger (ein- oder zweiseitiger) Verhandlung von dem Gerichts- oder Senatsvorstande erlassen worden wäre. Vgl. Ziff. I A 2, a). Es ist Alles dort Gesagte auch hier maßgebend [18]).

Wenn die anzufechtende Verfügung eine bei Gericht bereits anhängige Sache betrifft oder mit einer solchen im Zusammenhange steht [19]), so ist das Gesuch bei diesem Gerichte in der für Zwischenstreite vorgeschriebenen Weise [20]) anzubringen [21]).

B. Die Aufhebung einer Vorsichtsverfügung kann, gleichviel ob deren Erlassung eine Verhandlung vorausgegangen ist oder nicht, von dem Imploraten jederzeit verlangt werden [22]), wenn der Implorant die ihm in Bezug hierauf gesetzlich obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt hat, insbesondere, wenn die angeordnete Sicherheit nicht in genügender Weise oder nicht in der festgesetzten Frist geleistet wurde [23]), — wenn er die ihm obliegende Stellung der Hauptklage oder Einleitung des Vollstreckungsverfahrens nicht rechtzeitig bewirkt oder das eingeleitete Vollstreckungsverfahren nicht ohne Unterbrechung fortgeführt hat [24]), — oder wenn die in Artikel 625 Absatz 1 der

---

ständigen Gerichts, oder wegen Dringlichkeit der Sache vom Einzeln-Richter des Bezirks verfügt wurde, in welchem er vollzogen werden sollte.

17) Artikel 631 i. f. mit Artikel 621 Pr. O.

18) Artikel 634 Pr. O.

19) Fälle des Artikel 618 Ziff. 2, gleichviel ob der Arrest vom Vorstande resp. einem Senatsvorstande des Prozeßgerichts (618 Ziff. 2) oder wegen Dringlichkeit der Sache von dem Einzelnrichter verfügt wurde, in dessen Sprengel er vollzogen werden sollte.

20) Artikel 483 ff. u. 510 Pr. O.

21) Artikel 631 Pr. O.

22) „Verlangen“, weil in diesen Fällen dem Antrag, sobald er gestellt wird, entsprochen werden muß. Abg. Ref. II, 457. Abg. Prot. II, 421. Anders in Fällen des Artikel 631 Pr. O.

23) Artikel 609, 631 Pr. O.

24) Artikel 630 Pr. O.

Pr. O. vorgeschriebenen Zustellungen und Mittheilungen nicht in der gesetzlich bestimmten Weise und Frist erfolgt sind. Ist der Antrag auf Aufhebung der Vorsichtsverfügung nur darauf gestützt, daß die angeordnete Sicherheit nicht in genügender Weise[25]) geleistet oder daß ein eingeleitetes Vollstreckungsverfahren nicht ohne Unterbrechung fortgeführt wurde, so kann zur Ergänzung der Sicherheit, soweit eine solche als nöthig erkannt wird, beziehungsweise zur Fortführung des Vollstreckungsverfahrens eine nochmalige (unerstreckliche) kurze Frist bewilligt werden. In allen anderen Fällen kann die Aufhebung der Vorsichtsverfügung, sobald der Antrag darauf gestellt d. h. der Gegenpartei zugestellt oder in der Sitzung gestellt ist[26]), durch nachträgliche Erfüllung der betreffenden Verpflichtung nicht verhindert werden.

Das Gesuch ist, wenn die Vorsichtsverfügung eine bei Gericht anhängige Sache betrifft oder mit einer solchen im Zusammenhange steht, bei dem Gerichte in der für Zwischenstreite vorgeschriebenen Weise, andernfalls bei dem Richter, der die Verfügung erlassen hat, anzubringen und in derselben Weise zu verhandeln wie der Antrag auf Aufhebung oder Abänderung einer ohne vorausgegangene Verhandlung erlassenen als ursprünglich nicht gerechtfertigt angefochtenen Vorsichtsverfügung[27]).

C. Die Aufhebung oder Abänderung einer Vorsichtsverfügung kann von jeder Partei zu jeder Zeit beantragt werden, wenn sich die Umstände geändert haben, durch welche die Verfügung veranlaßt wurde, gleichviel ob etwa inzwischen der betreffende Anspruch weggefallen ist, sich gemindert hat u. s. w., oder ob die Gründe für die Nothwendigkeit der Vorsichtsverfügung (Artikel 605 Pr. O.) nicht mehr bestehen. Worin selbe früher bestanden, muß sich aus der angefochtenen Verfügung ergeben. Hieher gehört auch der durch geänderte Umstände begründete Antrag, daß dem Imploranten nachträglich aufgegeben werde, innerhalb bestimmter Frist Sicherheit oder eine größere als die früher angeordnete zu leisten oder die nach Artikel 607 der Pr. O. in seinen Händen belassenen Beträge oder Sachen gerichtlich zu hinterlegen oder einem Sequester zu übergeben.

Betrifft die Vorsichtsverfügung keine zur Zeit bei Gericht anhängige Sache und steht auch mit einer solchen nicht im Zusammenhange, so ist das Gesuch bei dem Richter anzubringen, der die Verfügung erlassen hat[28]).

Andernfalls ist das Gesuch bei dem Gericht in der für Zwischenstreite[29]) vorgeschriebenen Weise anzubringen. Doch kann

25) Wurde die Sicherheit nicht in der bestimmten Frist gestellt, so gilt die Regel, sie kann mit Wirksamkeit nicht nachträglich gestellt werden.

26) Vgl. Artikel 215 Absatz 2 Pr. O.

27) Artikel 633. Abg. Prot. II, 421. Vgl. Artikel 631 und oben Ziffer I, A Nr. 2 Littera b.

28) Dieser verfährt ganz nach Artikel 621 Pr. O., setzt Tagfahrt u. s. w. an.

29) Artikel 483 ff., 510 Pr. O.

das Gericht, bei dem die Hauptsache anhängig ist [30]), die in derselben erlassene Vorsichtsverfügung auch auf Grund der vor ihm gepflogenen Verhandlung und der daraus geschöpften Aufklärungen auf Antrag einer Partei jeder Zeit aufheben oder abändern und dies selbst dann, wenn die betreffende Vorsichtsverfügung oberrichterlich erlassen oder bestätigt war [31]).

Wird eine Vorsichtsverfügung nicht wegen später eingetretener Aenderung der Sachlage [32]), sondern als ursprünglich nicht begründet gänzlich aufgehoben (nicht blos theilweise d. h. abgeändert) [33]): so ist derjenige, welcher sie erwirkt hat, zugleich in sämmtliche Kosten (einschließlich der früher erwachsenen) und auf Antrag zum Ersatze des dem Imploraten verursachten Schadens zu verurtheilen [34]).

Wird der Antrag auf Aufhebung oder Abänderung einer Vorsichtsverfügung verworfen, so ist der Antragsteller in die durch seinen Antrag verursachten Kosten zu verfällen [35]).

In allen anderen Fällen, also wenn die Vorsichtsverfügung blos abgeändert oder wegen nachträglich eingetretener Aenderung der thatsächlichen Verhältnisse aufgehoben wird, ist das Urtheil über Kosten- und Schadensersatz dem in der Hauptsache ergehenden Endurtheile vorzubehalten, und dieses selbst dann, wenn die betreffende Entscheidung über Kosten- und Schadensersatz jetzt schon zur Erledigung reif wäre [36]).

II. Anlangend die Aufhebung oder Abänderung einer einstweiligen (d. h. vorgängig der zu erlassenden Vorsichtsverfügung getroffenen) Verfügung, so sind die einschlägigen Fälle folgende:

1) Im Falle des Artikel 619 Absatz 1 Pr. O. mit Artikel 620 Absatz 1 (vgl. oben §. 403 Ziffer I, 2) steht es dem Imploraten frei, die Aufhebung oder Abänderung der einstweiligen Verfügung in der für Zwischenstreite vorgeschriebenen Weise beim Proceßgerichte nachzusuchen [37]). Hätte der Implorant die in Artikel 620 Absatz 1 vorgeschriebene unverzügliche Zustellung an die Gegenpartei unterlassen, so ist diese befugt, die Wiederaufhebung der einstweiligen Verfügung in der in Artikel 633 angegebenen Weise, also ganz wie in dem Falle sub I B zu betreiben [38]).

2) Im Falle des Artikel 619 Absatz 2 mit Artikel 620 Absatz 2 der Pr. O. (vergl. oben §. 403 Ziffer II, 2) hat der Implorat seinen etwaigen Aufhebungs- oder Abänderungsantrag gegenüber der einstweiligen Verfügung mit seinen Anträgen gegen die nachgesuchte definitive Vorsichtsverfügung bei der Verhandlung über letztere (Artikel 621 Pr. O.) zu verbinden. Vgl. §. 403 Ziffer II, 2. Hätte aber der Implorant die in Artikel 620 Absatz 2 vorgeschriebene Vor-

---

30) Auch das Berufungsgericht eine vom Erstrichter erlassene Vorsichtsverfügung. Abg. Prot. II, 422.
31) Artikel 635 Absatz 1—3 Pr. O.
32) Abg. Prot. II, 421.
33) Abg. Prot. a. a. O.
34) Artikel 636 Absatz 1. Vgl. Abg. Prot. II, 421.
35) Artikel 636 Absatz 2 Pr. O.
36) Artikel 636 Absatz 3 Pr. O.
37) Artikel 620 Absatz 1 Pr. O.
38) Artikel 633 Pr. O.

lage, Zustellung und Mittheilung zur Herbeiführung der Verhandlung über die definitive Vorsichtsverfügung und die Ladung des Imploraten hiezu unterlassen, beziehungsweise nicht in der gesetzlich bestimmten Weise und Frist bewirkt: so ist der Implorat befugt, die Aufhebung der einstweiligen Verfügung ganz in der in Artikel 633 angegebenen Weise zu betreiben, also gerade wie in den unter Ziffer I, B dargestellten Fällen [39]). Daher kann, wenn die auf Grund des Artikel 620 Absatz 2 getroffene einstweilige Verfügung von einem Einzelnrichter, welcher nicht zugleich in der Hauptsache zuständig ist [40]), erlassen wurde, diese Verfügung von dem bezeichneten Einzelnrichter nur solange aufgehoben oder abgeändert werden, als sie dem nach Artikel 619 Absatz 2 für die Erlassung der definitiven Provisionalverfügung zuständigen Gerichtsvorstande noch nicht vorgelegt worden ist [41]).

III. Anlangend endlich die Vollstreckbarkeit der die gänzliche oder theilweise Aufhebung von Vorsichtsverfügungen aussprechenden Entscheidungen, so sind:

1) die bezüglichen Erlasse von Vorständen von Collegialgerichten, durch welche eine bereits vollstreckte Vorsichtsverfügung ganz oder theilweise aufgehoben wird, erst dann vollstreckbar, wenn die in Artikel 634 Absatz 4 bestimmte 15tägige Frist zur Erhebung der Beschwerde an das Gericht abgelaufen ist, ohne daß der Gegner einen Antrag auf Aufhebung oder Abänderung des Erlasses hat zustellen lassen [42]).

   Bezügliche Erlasse von Einzelnrichtern, die nicht als Einzelngericht verfügt haben, sind dagegen sofort vollstreckbar.

2) Die vom Gericht erlassenen Urtheile, durch welche eine bereits vollstreckte Vorsichtsverfügung ganz oder theilweise aufgehoben wird, können, wenn dagegen eine Frist zur Einlegung des Einspruchs oder der Berufung läuft und sie nicht zugleich als ohne Rücksicht auf Einspruch oder Berufung vorläufig vollstreckbar erklärt wurden, erst vollstreckt werden, wenn die Frist abgelaufen ist, ohne daß der Einspruch oder die Berufung erhoben wurde [43]).

IV. Schließlich ist noch zu erwähnen, daß wenn es sich darum handelt die Aufhebung oder Abänderung einer Entscheidung zu erwirken, durch welche gegen eine Partei wegen Nichtbefolgung einer Vorsichtsverfügung die nach Artikel 614 Pr. O. angedrohte Geldstrafe oder Verhaftung als verwirkt erklärt wird, die allgemeinen Vorschriften über Aufhebung oder Abänderung von Vorsichtsverfügungen Anwendung finden [44]). Ueber die in einem solchen Fall erwachsenden Kosten ist stets sofort mitzuerkennen und sind dieselben, wenn der Antrag abgewiesen wird, dem Antragsteller, andernfalls der Gegenpartei zu überbürden [45]).

Endlich ist der Bestimmung des Artikel 1172 Ziffer 2 zu erwähnen.

---

39) Artikel 633 Pr. O.
40) Abg. Prot. II,. 449.
41) Artikel 635 Absatz 4 Pr. O.
42) Artikel 639 Absatz 1. Vgl. Artikel 640 Pr. O.
43) Artikel 639 Absatz 3 Pr. O. i. f. — Vgl. auch Artikel 828 und 829 Pr. O.
44) Artikel 640 Absatz 1 Pr. O.
45) Artikel 640 Absatz 2 Pr. O.

Für die Aufhebung oder Abänderung der die Verhaftung gestattenden Vorsichtsverfügung sind die bezüglichen Bestimmungen des XXIV. Hauptstücks der Pr. O. maßgebend, und gleiches gilt bezüglich der Entlassung des Schuldners aus der Haft, soweit das XXIV. Hauptstück hierüber besondere Bestimmungen enthält, es sei denn, daß das Begehren auf Entlassung gleichzeitig gegen Gläubiger, welche eine mittels Personalhaft vollstreckbare Urkunde besitzen, und gegen solche, welche nur eine Vorsichtsverfügung erwirkt haben, gerichtet wird, in welchem Falle dasselbe gegen sämmtliche Gläubiger mittels Widerspruchs gegen die Vollstreckung anzubringen ist.

## §. 406[1]).

Das Gesetz gibt zu den das Verfahren betreffenden Bestimmungen (§§. 402 bis 405) eine Reihe von allgemeinen Vorschriften, gemeinsame Bestimmungen.

Sie beziehen sich auf die Vertretung der Parteien, die Form der Verhandlung und Entscheidung, endlich die zulässigen Rechtsmittel.

I. Parteivertretung und Verfahren.

Man muß hier unterscheiden, ob es sich um Provisionalentscheidungen handelt, welche von dem Gerichte als solchem ergehen und folgerecht auch vor ordentlich besetztem Gerichte verhandelt werden [2]), — oder um Entscheidungen und Verhandlungen anderer Art.

1) Im ersterwähnten Falle (Provisionalanträge im Wege des Zwischenverfahrens) gelten die allgemeinen Grundsätze in Ansehung des Verfahrens wie der Parteivertretung [3]). Handelt es sich um ein Verfahren vor den Handels- oder Einzelngerichten, so finden die Vorschriften des Parteiprocesses, — andernfalls jene des Anwaltsprocesses Anwendung, die motivirten Anträge sind von den Anwälten zu fertigen u. s. w. [4]). Dagegen

2) können im selbständigen Provisionalverfahren alle in Bezug auf Vorsichtsverfügungen an Gerichts- und Senatsvorstände oder an Einzelnrichter (im Gegensatz vom Einzelnge-

---

1) Quellen zu Artikel 637 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 422-423, 448, 449, 462; IV, 338, 369.
Abg. Ref. II, 457, 458, 462—463; III, 62.
R. Prot. II, 288; IV, 92.
R. Ref. I, 31, 112.
Quellen zu Artikel 638 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 423, 448, 449, 462; IV, 119, 165, 338, 370.
Abg. Ref. II, 458, 463; III, 62.
R. Prot. II, 288; IV, 71, 92.
R. Ref. I, 31, 112; II, 203.
Quellen zu Artikel 640 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 423, 448, 449, 463.
Abg. Ref. II, 458, 463.
R. Prot. II, 288.
R. Ref. I, 31, 112.

2) Vgl. Artikel 619 Absatz 1. Artikel 634 Pr. O. 2c.

3) Artikel 78, 79 Pr. O. 2c.

4) Abg. Prot. II, 422 bis 423.

richt, sieh' Ziffer 1) zu richtenden Gesuche und Anträge von der Partei selbst oder ihrem Bevollmächtigten, sowie von jedem bayerischen Advocaten und von dem mit der Vollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher gestellt werden. Die Gesuchstellung ist an bestimmte Formen nicht gebunden. Das Gesuch kann mündlich wie schriftlich gestellt werden. Letzterenfalls brauchen die Erfordernisse der Schriftsätze nicht eingehalten zu sein. Ersternfalls ist eine Protokollirung des Vorbringens nicht nöthig, dieses wird im Eingange der Verfügung kurz erwähnt. Nur in dem in Artikel 620 Absatz 2 i. f. erwähnten Fall wird das dem zuständigen Gerichtsvorstand vorzulegende Gesuch zu protokolliren sein [5]).

Bei allen Verhandlungen, welche in Bezug auf Vorsichtsverfügungen vor Gerichts- oder Senatsvorständen oder Einzelnrichtern (nicht Einzelngerichten, sieh' Ziffer 1) stattfinden, können die Parteien ohne Anwalt in Person oder durch Bevollmächtigte mit oder ohne Beistand erscheinen. Auch können sie sich durch jeden bayerischen Advocaten oder durch den mit der Vollstreckung der Vorsichtsverfügung beauftragten Gerichtsvollzieher vertreten lassen [6]). Advocaten und Gerichtsvollzieher bedürfen in den bezeichneten Fällen keines Nachweises der Bevollmächtigung [7]).

Wenn im selbständigen Provisionalproceß [8]) der Gesuchsteller (Implorant) nicht in dem Bezirksgerichtssprengel, wo er sein Gesuch stellt d. h. wo der Amtssitz des angegangenen Richters ist, Wohnsitz oder Aufenthalt hat [9]) oder während des Provisionalverfahrens seinen Wohnsitz oder Aufenthalt außerhalb dieses Sprengels verlegt: so ist auf sein Gesuch nicht eher zu verfügen, bis er einen innerhalb des betreffenden Bezirksgerichtssprengels (nicht nothwendig am Amtssitz des angegangenen Richters [10]) wohnhaften Zustellungsbevollmächtigten bezeichnet hat [11]). Diese Bezeichnung ist so oft zu wiederholen als der aufgestellte Zustellungsbevollmächtigte hinwegfällt. Solche Aufstellung ist nothwendig, weil es sich auch für den Imploranten um eine dringliche Sache handelt und Anwaltsproceß [12]) hier nicht stattfindet [13]). Dem aufgestellten Zustellungsbevollmächtigten können alle auf den Provisionalproceß bezüglichen Zustellungen durch dessen ganzen Verlauf einschließlich der Anträge auf Aenderung oder Aufhebung der Vorsichtsverfügung ꝛc. gemacht werden.

---

5) Artikel 637 Absatz 1 Pr. O.
6) Artikel 637 Absatz 2 Pr. O.
7) Artikel 637 Absatz 3 Pr. O. Zum Vollzuge hat der Gerichtsvollzieher ausnahmsweise Vollmachtsnachweis nöthig. Vgl. Artikel 1045 Absatz 5 und 1145 Absatz 1 Pr. O.
8) Abg. Prot. II, 449.
9) Wenn das Gesetz hier den Ausdruck gebraucht „sich befindet", so ist dieser im Sinne des Artikel 851 Absatz 1 zu nehmen.
10) Abg. Prot. IV, 338.
11) Artikel 637 Absatz 4 Pr. O.
12) Vgl. Artikel 192 Absatz 1 Pr. O.
13) Abg. Prot. II, 449.

Vertagungen der Verhandlung sollen nur im Falle dringender Nothwendigkeit stattfinden [14]).

Die Verhandlungen sind nicht öffentlich [15]). Ein Protokoll wird darüber nicht geführt; die nöthigen Constatirungen geschehen im Beschluß.

II. Entscheidungen.

Alle Verfügungen sind mit möglichster Beschleunigung zu erlassen. Sie müssen auch dann mit Entscheidungsgründen versehen sein, wenn sie nicht vom (ordentlich besetzten) Gerichte und ohne vorgängige Verhandlung erlassen wurden [16]). Es ist dabei gleichgiltig, auf welcher Partei Antrag sie ergehen und ob sie diesem Antrage stattgeben oder nicht. Nur einfache Tagfahrtsfestsetzungen [17]) bedürfen keiner Motivirung.

Die von den Gerichten als solchen nach Verhandlung der Sache erlassenen Urtheile werden nach den allgemeinen Vorschriften ausgefertigt. Alle von Einzelnrichtern (im Gegensatz zum Einzelngericht), von Gerichts- und Senatsvorständen erlassenen Verfügungen sind, gleichviel auf welcher Partei Antrag sie ergehen, auf die Urschrift des (etwa schriftlich gestellten) Gesuchs zu setzen und dem Gesuchsteller in Urschrift auszuhändigen [18]). Sie sind in Urschrift vollziehbar. Auch die Urschrift braucht, um vollstreckbar zu sein, die Vollstreckbarkeitsclausel nicht ausdrücklich zu enthalten [19]).

III. Rechtsmittel.

Bei den in Bezug auf Vorsichtsverfügungen von den Gerichten erlassenen Urtheilen finden hinsichtlich des Einspruchs und der Rechtsmittel die allgemeinen Bestimmungen Anwendung [20]). Vgl. Artikel 683 Ziffer 2 und Artikel 788 Pr. O. Es gehören hieher die vom ordentlich besetzten Proceßgericht (das auch ein Einzelngericht sein kann) nach öffentlich mündlicher Verhandlung erlassenen Entscheidungen über Vorsichtsverfügungen, sei es daß die Provisionalsache in Verbindung mit der Hauptsache oder für sich im Wege des Zwischenstreits oder auf Beschwerde vom Gerichts- oder Senatsvorstand an das Collegium bei dem Gerichte verhandelt wurde [21]).

Gegen die auf Vorsichtsverfügungen sich beziehenden Erlasse der Einzelnrichter (im Gegensatz zum Einzelngericht), der Gerichts- und Senatsvorstände finden unbeschadet der zulässigen Anträge auf Aufhebung oder Abänderung [22]) weder Einspruch noch Rechtsmittel statt. Die durch einen solchen Erlaß abgewiesenen Anträge der einen oder ande-

14) Artikel 637 Absatz 5 Pr. O.

15) Arg. Artikel 148 Absatz 1 voce „die Verhandlungen vor den Gerichten sind öffentlich." Vgl. §. 268.

16) Artikel 637 Absatz 5 Pr. O.

17) Artikel 619 Absatz 2 Pr. O.

18) Artikel 637 Absatz 6 Pr. O. Ging eine Verhandlung vorher, so ist die Verfügung den anwesenden Parteien auch mündlich zu eröffnen.

19) Vgl. Gerichtsvollzieherhandbuch §. 115. Argum. Artikel 639 Absatz 2, Artikel 562 und 651 der Pr. O., endlich Artikel 588 des Reg. Entw., der fallen gelassen wurde.

20) Artikel 638 Absatz 1 Pr. O.

21) Artikel 619 Absatz 1, Artikel 631, 634 und 635 Pr. O.

22) Artikel 615 bis 617, 631 bis 635 Pr. O. Vgl. §. 405.

ren Partei können aber jederzeit bei besserer Begründung wieder erneuert werden [23]). Insbesondere kann der Implorant, der mit einem Arrestgesuch oder bei Provisorien im engeren Sinne mit dem Antrag auf eine einstweilige Verfügung von dem hiefür nicht an sich zuständigen, sondern nur wegen dringender Gefahr angegangenen Einzelnrichter des Vollzugsrayons abgewiesen ist, — sein Gesuch bei dem für das Provisorium an sich competenten Richter wiederholen [24]).

Die unter Ziffer I, II und III dargestellten Grundsätze finden auch Anwendung auf Gesuche, Verhandlungen und Entscheidungen, welche über die Verwirklichung jener Geldbuße oder Haft stattfinden, die einer Partei für den Fall der Nichtbefolgung einer Vorsichtsverfügung nach Artikel 614 angedroht war, desgleichen auf jene Gesuche, Verhandlungen und Entscheidungen, welche über die nachträgliche Androhung der Geldstrafe oder Haft, oder über die Aufhebung oder Abänderung einer solchen Androhung oder Verwirklichung der Zwangsstrafe stattfinden [25]).

## III.

## Einfluß der Vorsichtsverfügung auf die Hauptsache [1]).

### §. 407.

I. In ihrem Verhältniß zur Hauptsache tritt ein Einfluß der Vorsichtsverfügung zunächst auf die Anstellung der Hauptklage hervor.

1) Ist eine Vorsichtsverfügung vollstreckt worden, die sich auf eine Sache bezieht, wegen welcher ein Vollstreckungsverfahren bereits eingeleitet ist, so ist der Implorant, damit nicht der Zustand des Provisoriums sich ungemessen und ungebührlich verlängere, verpflichtet, das Executionsverfahren ohne Unterbrechung d. h. nicht mit je längerer Unterbrechung als die Frist zur Einleitung desselben beträgt, fortzuführen.

Ist der Hauptproceß, auf welchen sich eine vollstreckte Verfügung bezieht, bereits anhängig, gleichviel ob in I., II. oder der Cassationsinstanz, so besteht eine solche Verpflichtung zum Weiterbetrieb der Sache für den Imploranten deshalb nicht, weil nach allgemeinen Grundsätzen jeder Partei, also auch dem Imploraten das Recht zum Fortbetrieb zukömmt.

---

23) Artikel 638 Pr. O. Vgl. Artikel 764.
24) Abg. Prot. II, 417.
25) Artikel 640 Absatz 1 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 630 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 457, 461; III, 62.
Abg. Prot. II, 421, 448, 449, 461; IV, 119, 164, 218–219, 337, 338, 369.
R. Ref. I, 31, 112; II, 202—203.
R. Prot. II, 288; IV, 68—70, 88.
Quellen zu Artikel 641 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 458, 463.
Abg. Prot. II, 423—424, 448, 449, 463.
R. Ref. I, 31, 112.
R. Prot. II, 288.

Ist aber die Sache, auf welche sich eine vollstreckte Vorsichtsverfügung bezieht, weder bei Gericht anhängig noch ein Executionsverfahren wegen derselben eingeleitet, so ist der Implorant verpflichtet, binnen bestimmter gesetzlicher Frist entweder die bezügliche Klage auf das Recht selbst [2]) zu erheben oder wenn er einen executorischen Titel bereits besitzt und sobald dies der Fall, das Vollstreckungsverfahren in der Hauptsache einleiten (Artikel 842 Pr. O.) und ohne Unterbrechung fortführen zu lassen [3]), widrigenfalls die Vorsichtsverfügung auf Antrag des Imploraten wieder aufgehoben wird [4]).

Die erwähnte Frist beträgt für die Regel acht Tage — ausnahmsweise aber, wenn nämlich die Zustellung der Klage oder Einleitung des Vollstreckungsverfahrens durch Zustellung des Befriedigungsgebots oder wie sonst an einem Ort geschehen muß, der außerhalb des Bezirksgerichtssprengels liegt, in welchem die Vorsichtsverfügung vollzogen wurde, 15 Tage [5]). Sie wird wegen Entfernung (Artikel 209 Pr. O.) nicht erweitert [6]).

Die Frist läuft vom Tage der Vollstreckung [7]) d. i. jener Handlung, welche den Vollzug der Vorsichtsverfügung bildet [8]), folgerecht auch in dem Fall, wenn die Vorsichtsverfügung bei einem Dritten vollzogen d. h. wenn Forderungen des Schuldners oder ihm gehörige, aber in Händen eines Dritten befindliche bewegliche Sachen mit Beschlag belegt worden sind, vom Tag der Beschlagnahme, nicht der Zustellung der Vorsichtsverfügung ꝛc. an den Schuldner [9]). Werden einstweilige Verfügungen, welche von einem Einzelnrichter, Gerichts- oder Senatsvorstande erlassen wurden, erst nach ihrer Bestätigung vollstreckt, so sind sie eben durch die Bestätigung zu definitiven Vorsichtsverfügungen geworden und es gilt in Ansehung der vorbezeichneten Frist nichts besonderes d. h. sie läuft vom Tage dieser Vollstreckung. Wurden aber solche einstweilige Verfügungen vor ihrer Bestätigung vollstreckt, so ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Fall des Artikel 619 Absatz 1 mit Artikel 620 Absatz 1 handelt [10]), oder um einen Fall des Artikel 620 Absatz 2 [11]). Ersterenfalls läuft dem Imploranten, da ja die Hauptsache bereits anhängig ist, natürlich keine Frist zur Klagserhebung; er muß nur die erlangte einstweilige Verfügung dem Gegner unverzüglich zustellen lassen, um ihm die Möglichkeit zu geben, deren Wiederaufhebung oder Abänderung im Wege des Zwischenverfahrens zu betreiben [12]). Letzterenfalls aber läuft die obenerwähnte Frist

---

2) In der Regel nicht auf Justification des Provisoriums; vgl. Art. 1002 Pr. O.; Art. 99 Abs. 4 Einf. Ges. z. Pr. O.
3) Artikel 630 Absatz 1, Artikel 633 Absatz 1 Pr. O.
4) Artikel 633 Absatz 1. Vgl. Artikel 215 Absatz 2 Pr. O. Hierüber des Näheren in §. 405 Ziffer I, B.
5) Artikel 630 Absatz 1 und 3 Pr. O.
6) Artikel 853 Pr. O.
7) Artikel 630 Absatz 1 Pr. O.
8) Vgl. §. 404; vgl. Artikel 624 bis 629 Pr. O.
9) Artikel 630 Absatz 4; vgl. Artikel 832 Absatz 2 Pr. O.
10) Vgl. §. 403 Ziffer I, 2.
11) Vgl. §. 403 Ziffer II, 2.
12) Vgl. §. 405.

erst von dem Tage, an welchem die einstweilige Verfügung in Gemäßheit des Artikel 621 der Pr. O. bestätigt wurde, weil, wenn sie vom zuständigen Richter nicht bestätigt würde, deren Vollstreckung schon hiedurch außer Wirksamkeit treten würde [13]).

In dem Falle des Artikel 625 d. h. der Vollstreckung eines provisorischen Dispositionsverbots muß die Zustellung der Klage oder des Befriedigungsgebots mit der daselbst vorgeschriebenen Mittheilung an die Gegenpartei verbunden werden, da zu dieser Mittheilung dem Imploranten dieselbe 8- beziehungsweise 15tägige Frist läuft [14]).

2) Ist der Anspruch noch nicht fällig (Fall des Artikel 605 Absatz 2), so kann die Klage gleichwohl erhoben werden [15]).

Die Klage kann in diesem Fall auf Anerkennung des betreffenden Rechts oder Anspruchs, beziehungsweise Verurtheilung mit Leistungsfrist (Artikel 830) gerichtet werden [16]). Sie kann aber auch auf Verurtheilung mit sofortigem Vollzug vor Eintritt der Fälligkeit gerichtet sein. Arg. voce „vorbehaltlich der Bestimmung des Artikel 836“ [17]). Stellt sich übrigens bei Verhandlung der Hauptsache die Vorsichtsverfügung als nicht gerechtfertigt dar, so ist das Gesuch um diese wie die nach Artikel 630 Absatz 2 erfolgte Klage zur Zeit abzuweisen, da die Vorbedingung für den nach dem Gesetze anticipirten Eintritt der Fälligkeit fehlt. Wird der Klage auf sofortige Befriedigung stattgegeben, so erfolgt letztere nur nach Maßgabe des Artikel 836 [18]).

Wo nach dem einschlägigen Civilrecht für den Fall des Eintritts besonderer Umstände die sofortige Klagbarkeit bedingter, betagter, zukünftiger oder eventueller Rechte, sei es zum Behufe der Sicherung, sei es selbst zum Zwecke der Erfüllung statuirt ist, bleiben diese Bestimmungen in Kraft und finden die einschlägigen Vorschriften der Pr. O. in Artikel 605 Absatz 2 mit Artikel 630 Absatz 2 keine Anwendung. Denn in solchen Fällen ist im betreffenden Momente der bedingte oder betagte 2c. Anspruch ein unbedingter, definitiver 2c. geworden. Es gehören z. B. hieher §. 5 Tit. 14 Thl. I des preuß. Landrechts, wonach derjenige, welchem der zukünftige Anfall einer Sache oder eines Rechts durch Gesetz oder Willenserklärung versichert ist, zur Erhaltung dieses seines Anfallrechts alle Mittel hat, die das Gesetz jedem Eigenthümer an die Hand gibt; — desgleichen §§. 759 und 760 Tit. 11 Thl. I des preuß. Landrechts und ähnliche Bestimmungen, welche Ausnahmen von der Regel aufstellen, daß Forderungen nicht vor der Verfallzeit eingeklagt werden können; — auch der Code civil schreibt z. B. vor, daß gegen einen Schuldner, der die im Vertrag bestimmte Sicherheit mindert, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Forderung sofort Klage erhoben werden kann [19]).

13) Artikel 630 Absatz 6 Pr. O.
14) Artikel 630 Absatz 5 Pr. O.
15) Artikel 630 Absatz 2 Pr. O.
16) Abg. Prot. II, 411.
17) In Artikel 630 Absatz 2. Vgl. Abg. Prot. IV, 217 bis 219.
18) Vgl. Abg. Prot. IV, 218 bis 219.
19) Abg. Prot. II, 412, 421.

3) Es kann aber auch der Fall gegeben sein, daß der Gläubiger eine vollstreckbare Urkunde besitzt, die zur Zeit noch nicht vollzogen werden kann, weil sie eine noch nicht abgelaufene Leistungsfrist enthält.

Zwar wird sich der Gläubiger in solchen Fällen meistens ohne Vorsichtsverfügung nach Artikel 830 helfen können.

Lägen aber die Voraussetzungen sofortigen executorischen Zugriffs nach diesem Artikel nicht vor, so müßte er allerdings zunächst eine Vorsichtsverfügung erwirken und demzufolge im Sinne des Artikel 630 Absatz 2 Klage dahin erheben, daß er jetzt schon zur Vollstreckung (nach Maßgabe des Artikel 836) berechtigt erklärt werde[20]).

Die eben erörterten Grundsätze haben selbständige Anwendung zu finden, wenn eine Vorsichtsverfügung wegen verschiedener Ansprüche beziehungsweise verschiedener Anspruchstheile erwirkt und vollstreckt wurde, d. h. so, daß für jeden solchen Anspruch oder Anspruchtheil eben diejenigen Vorschriften Platz greifen, welche in Bezug auf diesen nach seiner Natur und der processualen Lage, in der er sich befindet, passen.

II. Durch eine Vorsichtsverfügung wird die Zuständigkeit für die Hauptklage nur in dem in Artikel 32 der Pr. O. bezeichnetem Falle begründet[21]) d. h. es kann, wenn gegen einen Inländer, der im Inlande keinen Wohnsitz hat[22]), oder gegen einen Ausländer Arrest verfügt worden ist, die Klage in der Hauptsache bei den Gerichten des Ortes der Arrestverfügung erhoben werden.

Es ist bereits früher bemerkt worden, daß Arrest von Ausländern gegen Ausländer in Bayern selbst dann erwirkt werden kann, wenn die sicherzustellende Verbindlichkeit in Bayern nicht entstanden ist[23]). Hiemit ist mittelbar auch für Fälle letzterwähnter Art ein Forum für die Hauptsache in Bayern gesichert. Ausnahme von der Bestimmung des Artikel 19 der Pr. O.

III. Auf die Entscheidung der Hauptsache, auf welche sie sich beziehen, sowie auf die mit dem Besitz verbundenen Rechte haben Vorsichtsverfügungen keinen Einfluß[24]). Das Nähere hierüber ist in §. 397 gesagt.

## III. Capitel.

## Provocationsproceß. Provocatio ad agendum.

### §. 408 [1]).

I. Niemand kann zur Klage oder zur Geltendmachung von Rechten

20) Abg. Prot. III, 246.
21) Artikel 341 Absatz 2 Pr. O.
22) Gleichviel ob derselbe im Lande oder flüchtig ist. R. Prot. I, 99.
23) Artikel 607 Absatz 2 Pr. O. Vgl. §. 97. Der Abgeordneten-Referent hatte sich gegen die Ausdehnung erklärt. Abg. Ref. II, 458; Abg. Prot. II, 423—424.
24) Artikel 641 Absatz 1 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 569 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 215—216.
Abg. Prot. II, 425—426, 447, 457.

gezwungen werden [2]), — die Fälle ausgenommen, in welchen solches vom Gesetze ausdrücklich gestattet wird [3]).

Die allgemeinste Ausnahme von dieser Regel bildet der Ausschluß nicht benutzter Angriffs= und Vertheidigungsmittel im Laufe eines anhängigen Processes. Hievon war an anderem Ort die Rede.

Die besonderen hieher gehörigen Ausnahmen sind die sg. Provocationen. Man unterscheidet den Provocationsproceß im eigentlichen Sinne, den Aufruf einzelner bestimmter Interessenten zur Geltendmachung ihrer Rechte, und das Aufgebotsverfahren, die allgemeine öffentliche Provocation der möglicher Weise vorhandenen Interessenten eines Rechtsverhältnisses. Edictalcitation [4]).

Vom Gläubigeraufruf in der Gant abgesehen enthält die Pr. O. keine Vorschriften über das Aufgebotsverfahren. Demgemäß bleiben für das Gesammtgebiet der bürgerlichen Rechtspflege die einschlägigen Bestimmungen der besonderen Gesetze und Particularrechte über Edictalcitation zur Geltendmachung von Rechten oder Einsprüchen, sowie zur Kraftloserklärung von Urkunden (Amortisationsverfahren) [5]) in Geltung, — allerdings mit den Modificationen, welche das Einführungsgesetz zur Pr. O. für das Gebiet des preußischen und pfälzischen Rechts enthält.

Die Provocation einzelner bestimmter Interessenten zu processualer Thätigkeit kennt dagegen die Pr. O. in doppelter Richtung, nämlich:

1) In der Form der Provocation des Gegners zur Klagestellung, wenn sich derselbe eines Rechtsanspruchs berühmt hat, oder wenn der Provocant in Gefahr steht, eine Einrede zu verlieren [6]). Hievon das Nähere in §. 408 und 409.
2) In der Form des Aufrufs einer anderen Person zur Wahrung oder Vertheidigung ihrer Rechte oder Interessen gegenüber gerichtlichen Schritten des Antragstellers, welche den Zweck haben, ein zur Zeit noch nicht geltendmachbares Beweismittel des letzteren sicher zu stellen. Verfahren zur Feststellung der Aechtheit

---

R. Ref. I, 30, 105.
R. Prot. II, 266—268.
Quellen zu Artikel 570 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 216.
Abg. Prot. II, 425—426, 447, 457.
R. Ref. I, 30, 105.
R. Prot. II, 266—269.
Vgl. Arnold a. a. O. S. 153—154.

2) Nach dem Princip der Verhandlungsmaxime. §. 166.
3) Artikel 603 des Reg. Entw., der nur als selbstverständlich gestrichen wurde. Abg. Prot. II, 425.
4) Gewöhnliche Ladungen (Zustellungen) im Wege öffentlicher Bekanntmachung gehören nicht hieher. Bezüglich dieser enthält die Pr. O. die einschlägigen Vorschriften. Vgl. z. B. Artikel 194, 206.
5) Vgl. Seuffert Comment. Bd. 2 S. 238—246 Aufl. 2; Artikel 7 der a. d. W. O.; Artikel 305 H. G. B.
6) Die Staatsregierung hatte weiterhin vorgeschlagen, demjenigen ein Provocationsrecht einzuräumen, welcher einen Bau, eine Fabrik= oder Gewerbseinrichtung 2c. beabsichtigt und sich gegen hinterherigen Widerspruch aus privatrechtlichen Gründen sichern will. Der Vorschlag wurde abgelehnt. Abg. Prot. II, 427—429; Abg. Ref. III, 217—218.

von Privaturkunden [7]) (§. 410); Beweisführung zum ewigen Gedächtniß (§. 419).

II. Die Aufforderung zur Klage findet statt:

1) Wider denjenigen, welcher mündlich oder schriftlich, öffentlich oder privatim, vor Dritten oder auch nur dem Diffamaten gegenüber behauptet, an den Auffordernden einen bestimmten Anspruch zu haben, der privatrechtlicher Natur und mit Klage verfolgbar (klagbar) ist [8]). Daß die Berühmung einen nachtheiligen Angriff auf des Diffamirten Person (Ehre) oder Vermögen wirklich enthalte [9]), bildet keine Voraussetzung; die Absicht eines Angriffs aber muß gegeben sein. Aeußerungen zur Abwehr eines vom Provocanten ausgegangenen Angriffs oder auf obrigkeitliches Befragen und dgl. berechtigen nicht zur Provocationsklage [10]). So ist es kein Grund zur Aufforderung, wenn der Diffamant nur behauptet hat, daß ein angeblicher Anspruch des Gegners nicht bestehe, oder ihm dagegen eine Einrede zustehe. Dasselbe gilt von der Ausstreuung einer blosen Verläumdung.

Ist die Diffamationsbehauptung quantitativ oder qualitativ zu allgemein, um so wie sie gehalten ist die Grundlage einer Klage bilden zu können, so ist Provocation unstatthaft.

Befindet sich der Aufgeforderte im Besitz des angesprochenen dinglichen Rechts (Detention), so ist die Aufforderung gleichfalls unzulässig [11]).

Ueberhaupt gibt eine Berühmung nur demjenigen die Befugniß zu provociren, welchem gegenüber aus dem Inhalte der Diffamation, ihre Richtigkeit voraus gesetzt, ein Klagerecht des Diffamanten begründet wäre. Die Behauptung des Pfandgläubigers, ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern zu haben, gibt dem Schuldner keinen Provocationsgrund, wenn es sich nur um jenes Vorzugsrecht handelt [12]).

Bestritten ist, ob die Erben auf Grund von Berühmungen ihres Erblassers provocirt werden können [13]). Ist bereits Provocationsurtheil gegen den Erblasser ergangen, so sind die Erben jedenfalls an dieses Urtheil gebunden.

Provocatio ex lege diffamari [14]).

2) Die Aufforderung zur Klage findet statt, wenn der Auffordernde dieser Klage eine die Sache selbst betreffende d. h. nicht eine blose Proceß-Einrede entgegenzusetzen hat, welche bei längerer Verzögerung der Klagestellung ihre **Zulässigkeit** oder **Wirksamkeit** verlieren würde [15]). Provocatio ex lege si contendat [16]).

---

7) Vgl. auch die Lehre vom sicheren Datum.
8) Artikel 569 Ziffer 1 Pr. O.
9) Vgl. Cod. jud. cap. 4 §. 5 Nr. 3.
10) Bl. f. R. A. VI, 282.
11) Artikel 569 Absatz 2 Pr. O.
12) Seuffert a. a. O. Bd. 2 S. 158—159.
13) Verneint bei Seuffert a. a. O. II, 159, bejaht in einem Dresdner O. A. G. E., mitgetheilt in Seufferts Arch. VI, S. 120.
14) Abg. Prot. II, 425.
15) Artikel 569 Ziffer 2 Pr. O.
16) Abg. Prot. II, 425.

Mit dem Verlust der Einrede selbst (Zulässigkeit) ist der Provocant bedroht, wenn dieselbe civilrechtlich nur binnen bestimmter Frist geltend gemacht werden kann. Die Wirksamkeit d. h. die mögliche Realisirung der Einrede ist gefährdet, wenn aus weiterem Zeitablauf und inzwischen möglichen Ereignissen Thatsachen zu entstehen drohen, die eine Replik gegen die Einrede begründen. So kann eine Provocation darauf gestützt werden, daß wegen drohenden Vermögensverfalls des Hauptschuldners oder Mitbürgen die dem Bürgen wider den Gläubiger zustehende Einrede der Vorausklagung oder Theilung bei längerer Verzögerung der Klage des Gläubigers wider den Bürgen wirkungslos werden würde [17]). Uebrigens kann in solchen Fällen der Gläubiger vom Bürgen nur dahin provocirt werden, Klage gegen ihn, den Bürgen, nicht aber gegen den Hauptschuldner oder Mitbürgen, zu stellen. Wenn endlich das einschlägige Civilrecht dem Bürgen unter gewissen Voraussetzungen das Recht gibt, gegen den Gläubiger mit selbständiger Klage auf Belangung des Hauptschuldners oder Entlassung von der Bürgschaft zu bringen [18]), — oder dem Bürgen ein directes Klagerecht gegen den Schuldner einräumt [19]): so bleiben diese Klagerechte von der Pr. O. unberührt [20]).

Daß die Aufforderung unzuläßig ist, wenn es sich nicht um die Gefährdung einer Einrede in ihrer Zuläßigkeit oder Wirksamkeit, sondern um den drohenden Verlust von Beweismitteln oder Gegenbeweismitteln handelt [21]), ist schon angedeutet. In solchen Fällen hilft Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß [22]), Klage auf Aechtheitserklärung von Privaturkunden.

Gleichviel ob es sich um einen Fall der unter Ziffer 1 oder 2 erwähnten Art handelt, ist die zeitliche Klagbarkeit d. i. die Fälligkeit des Anspruchs, dessen Einklagung provocirt wird, keine Voraussetzung der Aufforderungsklage. Der Hauptzweck der letzteren, Schutz des Credits und Gewinnung einer sicheren Vermögensbasis würde sonst nicht erreicht [23]).

Dagegen ist ein Recht, das von einer aufschiebenden Bedingung abhängt, kein Gegenstand der Provocation. Auch ist die Aufforderung ausgeschlossen, wenn über das den Gegenstand der provocirten Klage bildende Recht schon definitiv erkannt, — oder wenn der bezügliche Anspruch bereits klags-, widerklags- oder einredeweise anhängig ist [24]), — oder wenn der Auffordernde selbst den Anspruch des Gegners anerkennt [25]), — oder endlich wenn dem Provocanten die Klage oder zugleich Klage in

---

17) Abg. Prot. II, 425; Abg. Ref. II, 216.
18) Preuß. Landr. Thl. I Tit. 14 §. 316.
19) Code civ. Artikel 2032.
20) Abg. Prot. II, 426—427.
21) Artikel 569 Absatz 2 Pr. O.
22) Abg. Prot. II, 425. Eidesbeweis ist freilich auf diesem Wege nicht sicher zu stellen, wohl aber im Falle des Hptst. 21 der Pr. O.
23) Abg. Ref. II, 216; Artikel 570 Pr. O.; vgl. §. 409 Ziffer II.
24) Seuffert's Comment. II, 160—161.
25) Abg. Prot. II, 447.

der Hauptsache zusteht[26]), z. B. wenn bei Servitutstreitigkeiten der Diffamat als Eigenthümer des dienenden Grundstücks in der Lage ist, den Diffamanten und Besitzer des herrschenden Grundstücks mit der Negatorienklage zu belangen[27]). Daß dem Provocaten auch ein Klagerecht in der Hauptsache zusteht, macht die Provocation nicht statthaft. Dies gilt z. B. bei Klagen auf Theilung, Gränzberichtigung, überhaupt bei den sog. jud. dupl., kann aber auch bei Verträgen vorkommen. Wem eine Klage auf Vertragsannullirung zusteht[28]), der kann den Gegner nicht zur Klage auf Erfüllung auffordern.

## §. 409[1]).

I. Die Aufforderungsklage (judicium provocatorium) ist bei dem

---

26) Artikel 569 Absatz 2 Pr. O.
27) Bisher bestand die entgegengesetzte Praxis. Plenarbeschluß des O.A.G. vom 18. Januar 1841.
28) Code civ. Artikel 1304 ff.
1) Quellen zu Artikel 571 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 216—217.
Abg. Prot. II, 426, 447, 457.
R. Ref. I, 30, 105.
R. Prot. II, 268.
Quellen zu Artikel 572 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 216—217.
Abg. Prot. II, 426—427, 447, 457.
R. Ref. I, 30, 105.
R. Prot. II, 268.
Quellen zu Artikel 573 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 216—217.
Abg. Prot. II, 426—427, 447, 457.
R. Ref. I, 30, 105.
R. Prot. II, 268.
Quellen zu Artikel 574 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 216—217.
Abg. Prot. II, 426—427, 447, 457.
R. Ref. I, 30, 105.
R. Prot. II, 268.
Quellen zu Artikel 575 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 216—217.
Abg. Prot. II, 426—427, 447, 457.
R. Ref. I, 30, 105.
R. Prot. II, 268.
Quellen zu Artikel 576 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 216—217.
Abg. Prot. II, 426—427, 447, 457.
R. Ref. I, 30, 105.
R. Prot. II, 268.
Quellen zu Artikel 577 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 216—217.
Abg. Prot. II, 426—427, 447, 457.
R. Ref. I, 30, 105.
R. Prot. II, 268.
Quellen zu Artikel 578 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 216—217.

für die Hauptsache[2]) zuständigen Gericht, falls aber deren mehrere sind, bei einem derselben zu erheben[3]).

Gleichviel ob es sich um eine provocatio ex lege diffamari oder si contendat[4]) handelt, ist die Klage dahin zu richten, daß der Aufgeforderte binnen bestimmter Frist oder in einer bestimmten Sitzung Klage in der Hauptsache erhebe, widrigenfalls sein Klagerecht für erloschen erklärt und er zu ewigem Schweigen verhalten würde[5]). Provocatio ad agendum. Hierin unterscheidet sich, was die provocatio ex lege si contendat betrifft, die neue Pr. O.[6]) vom Cod. jud., welcher diese Aufforderung nur ad replicandum, zur Erklärung über die betreffende Einrede zuließ, folgerecht an den Ungehorsam nur das Präjudiz der Perpetuirung der bezüglichen Einrede knüpfte[7]). Im Uebrigen gelten für Aufforderungsklagen die allgemeinen Erfordernisse der Klagen[8]). (Artikel 225, 501 Pr. O.)

Der Aufforderungsproceß hat die Natur eines präparatorischen Streites. Das Verfahren richtet sich mit Ausnahme der nachbezeichneten Abweichungen nach den allgemeinen Vorschriften[9]).

1) Bei Bezirksgerichten (Anwaltsproceß) ist, wenn die Aufforderung nach Maßgabe der Verhandlung sich als begründet zeigt[10]), dem Aufgeforderten eine angemessene vom Tage der Rechtskraft des Urtheils an[11]) laufende, übrigens verlängerbare[12]), Frist zur Anstellung der Klage unter dem oberwähnten Rechtsnachtheil für den Versäumungsfall vorzusetzen[13]).

Wird die Klage innerhalb der vorgesetzten Frist nicht erhoben, so kann der Provocant mittels eines an das Provocationsgericht gerichteten, dem Gegner zuzustellenden motivirten Antrags begehren, daß das Klagerecht des letzteren für erloschen erklärt werde. Die Sache ist in der gewöhnlichen Weise zur Wochentabelle anzumelden. Uebrigens kann die Hauptklage, solang ein solcher Antrag nicht zugestellt ist, auch nach Ablauf der Frist noch wirksam erhoben werden[14]). Vgl. Artikel 215 Absatz 2 Pr. O.

---

Abg. Prot. II, 426, 447, 457.
R. Ref. I, 30, 105.
R. Prot. II, 268.

2) Absolut und territorial.
3) Artikel 571 Absatz 1 Pr. O.
4) Abg. Prot. II, 427.
5) Artikel 572, 575 Pr. O.
6) Abg. Prot. II, 425.
7) Vgl. Cod. jud. cap. 4 §. 6. Allerdings in Widerspruch mit dem gemeinen Recht. Seuffert a. a. O Bd. 2 S. 169.
8) Artikel 578 Pr. O.
9) Artikel 578 Pr. O.
10) Dies kann möglicher Weise erst nach einer Beweiserhebung der Fall sein.
11) d. h. vom Ablaufe der unbenützten Berufungsfrist und, wenn es ein an sich nicht appellables Urtheil ist (Mangel der Berufungssumme, Urtheil II[ae]) vom Tage der Zustellung desselben an die Partei. Hiebei finden die Bestimmungen der Artikel 209 und 211 der Pr. O. Anwendung.
12) Weil Judicialfrist.
13) Artikel 572 Pr. O.
14) Artikel 574 Pr. O.

2) Wird die bei einem Handels- oder Einzelngericht (Parteiproceß) erhobene Aufforderungsklage nach gepflogener Verhandlung als begründet erkannt, so ist in dem Urtheil zugleich eine Sitzung anzuberaumen, in welcher der Aufgeforderte
   entweder die Hauptklage mündlich erheben und entwickeln
   oder, falls nämlich für die Hauptklage noch ein anderes Gericht zuständig ist, den Nachweis vorlegen muß, daß die Klage dort erhoben worden sei,
widrigenfalls das Klagerecht auf Antrag des Auffordernden für erloschen erklärt würde [15]). Bezüglich der etwaigen Verlegung der Tagfahrt gelten die allgemeinen Bestimmungen.

Schon die Tagfahrtsanberaumung geschieht zu einer Zeit, wo von der Rechtskraft des Provocationsurtheils keine Rede ist. Da überdies bei Erlassung dieses Urtheils die Zeit des Eintritts seiner Rechtskraft sicher noch nicht zu bemessen, bleibt denkbar, daß der Sitzungstag vor diesen Zeitpunct fällt. Ist Berufung oder Einspruch bereits erhoben, so muß die Verhandlung ausgesetzt werden. Dasselbe gilt, wenn die Berufungsfrist noch nicht abgelaufen ist und vom Provocaten mit der Erklärung appelliren zu wollen der Antrag auf Aussetzung der Verhandlung vor oder in der Tagfahrt verbunden wird [16]). Andernfalls und wenn Provocat an der Tagfahrt ausbleibt, aber mit einer Berufung gegen das Provocationsurtheil durchdringt, fällt auch die Verwirklichung des Ungehorsamspräjudizes gegen ihn hinweg.

Daß das Provocationsurtheil nach allgemeinen Bestimmungen dem Gegner zuzustellen ist, ergibt seine Natur als Endurtheil, für welches Rechtsmittelfristen nur von der Zustellung laufen. Die Zustellung hat jedenfalls vor der Tagfahrt zu geschehen und, wenn man die allgemeinen Vorschriften als anwendbar betrachten darf, unter Beobachtung der gesetzlichen Ladungsfristen. Art. 502 Pr. O.

3) Die Entscheidung über die Kosten des Aufforderungsverfahrens ist, wenn die Aufforderung als begründet erklärt wird, einstweilen vorzubehalten [17]). Wird das Klagerecht in der Hauptsache s. Zt. als erloschen erklärt, so ist der Provocat zugleich in sämmtliche bis dahin erwachsene Kosten zu verfällen. Wird die Klage in der Hauptsache rechtzeitig erhoben, so hat das darüber aburtheilende Gericht, selbst wenn es ein anderes ist, als das mit dem judicium provocatorium befaßte, über die im letztbezeichneten Verfahren erwachsenen Kosten mitzuentscheiden [18]) und dieselben für die Regel dem in der Hauptsache unterliegenden Theile zu überbürden.

Wird die Aufforderung als unbegründet abgewiesen, so sind die darauf erwachsenen Kosten nach allgemeinen Grundsätzen dem Provocanten zu überbürden.

4) Gegen das Urtheil, wodurch die Aufforderungsklage abgewiesen oder für begründet erklärt [19]) oder der Antrag, das Klagerecht für erlo-

---

15) Artikel 575 Pr. O.
16) Es sei denn die beabsichtigte ꝛc. Berufung offenbar unzulässig.
17) Artikel 576 Pr. O.
18) Abg. Prot. II, 427.

schen zu erklären, verworfen wurde[20]), findet, weil diese Entscheidungen die Natur von Endurtheilen haben, unter den allgemeinen Voraussetzungen selbständige Berufung statt[21]). Die Berufungssumme bemißt sich durchweg nach dem Werthe des Klagerechts in der Hauptsache.

War die Entscheidung über die Aufforderungsklage oder den Antrag auf Verwirklichung des Präjudizes der Klagerechtserlöschung ein Versäumungsurtheil: so findet hiegegen der Einspruch nach den allgemeinen Vorschriften statt[22]).

II. Die Hauptklage ist bei dem für sie zuständigen Gericht zu erheben. (Hauptproceß, judicium provocatum).

Bestehen dafür mehrere competente fora, so wird dadurch, daß schon der Provocationskläger das Wahlrecht in Ansehung der Aufforderungsklage geübt hat[23]), dem Aufgeforderten das selbständige Wahlrecht zwischen den mehreren zuständigen Gerichten für die Hauptklage nicht entzogen[24]). Dies gilt selbstverständlich auch für den Fall, wenn die Provocation nur von einem der in verschiedenen Gerichtssprengeln wohnenden Streitgenossen ausgieng, der Provocat aber nun alle belangt.

Das Verfahren richtet sich durchweg nach den allgemeinen Bestimmungen, gleichviel ob die Hauptklage im Partei- oder Anwaltsprocesse zu verhandeln ist, vorausgesetzt in diesem Falle, daß dieselbe bei einem anderen Bezirksgericht erhoben ist, als dem für die Aufforderungsklage angegangenen[25]).

Wird dagegen die Hauptklage bei dem nämlichen Bezirksgerichte erhoben, welches über die Aufforderungsklage erkannt hat, so gelten die im Aufforderungsverfahren erfolgten Anwaltsbestellungen, vorausgesetzt daß inzwischen nicht ein Unterbrechungsfall eingetreten ist (Artikel 491 Pr. O.), auch für die Hauptklage. Folgerecht ist die Klageschrift auf Betreiben des Anwalts des Hauptklägers dem Anwalte des oder der Hauptbeklagten[26]) zuzustellen (Zustellung von Anwalt zu Anwalt). Die Aufforderung zur Anwaltsbestellung nach Artikel 226 der Pr. O. unterbleibt. Die Frist für den motivirten Antrag der beklagten Partei aber läuft von der Zustellung der Klageschrift[27]).

Sie kann der in Folge ihrer Aufforderung erhobenen Klage die Einrede nicht entgegenstellen, daß der Anspruch noch nicht fällig sei (except. plus petit. tempore)[28]). Dies gilt auch für den Bürgen gegenüber der pro-

---

19) Dasselbe gilt von einem Urtheil, durch welches der Beweis des Klaggrundes von einer Eidesleistung abhängig gemacht ist.

20) Analog wie bei Urtheilen auf Eid oder auf Eidesweigerung (wirkliche oder fingirte). Abg. Ref. II, 216—217.

21) Artikel 577 Pr. O.

22) Abg. Prot. II, 427. Allenfalls in Verbindung mit restit. c. laps. term.

23) Artikel 571 Absatz 1 Pr. O.

24) Artikel 571 Absatz 2 Pr. O.

25) Abg. Prot. II, 426. Dieser Fall kann auch gegeben sein, weil sich inzwischen die thatsächlichen Verhältnisse in Beziehung auf die Zuständigkeit geändert haben.

26) In diesem Fall ist natürlich nur eine Abschrift für sämmtliche Beklagte zu behändigen. Artikel 203 Absatz 3 Pr. O.

27) Artikel 573 Pr. O.

28) Artikel 570 Pr. O.

vocirten Klage des Gläubigers von der Einrede, daß die Hauptschuld noch nicht fällig und deshalb die Bürgschaft zur Zeit nicht realisirbar sei. Die Verurtheilung des Beklagten gegenüber einem noch nicht fälligen Anspruch erfolgt unter Beifügung der entsprechenden Leistungsfrist. Dagegen ist die Einrede, mittels welcher der Kläger auf den zahlungsfähigen Hauptschuldner verwiesen wird (Einrede der Vorausklagung, Theilung), statthaft; denn gerade um dieser Einrede Willen geschah die Provocation. Der Beklagte erzweckt hiemit allerdings nicht die zeitliche Abweisung der Klage, aber doch soviel, daß er zur Bürgschaftsrealisirung nur unter der Modalität verurtheilt werden kann, wenn vom Gläubiger die Hauptklage ohne Verzug erhoben und fortgeführt, ungeachtet der Erwirkung etwa veranlaßter Provisionalmaßregeln Befriedigung vom Hauptschuldner oder Mitbürgen nicht erlangt und hierüber der legale Nachweis geliefert ist[29]). Kann freilich der Gläubiger jetzt schon zeigen, daß vom Hauptschuldner oder Mitbürgen Nichts zu erholen, so ist der hier beklagte Provocant sofort, etwa unter Leistungsfrist zu verurtheilen.

## IV. Capitel.

## Verfahren zur Feststellung der Aechtheit von Privaturkunden[1]).

### §. 410.

Der Zweck dieses Verfahrens ist, den Gläubiger gegen den Verlust eines urkundlichen Beweismittels zu schützen, welcher durch den Eintritt

29) Vgl. Artikel 821 Pr. O. und Ger.-Vollz.-Handbuch §. 117.

1) Quellen zu Artikel 579 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 222—223.
Abg. Prot. II, 431, 447, 457.
R. Ref. I, 31, 105.
R. Prot. II, 269.
Quellen zu Artikel 580 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 222—223.
Abg. Prot. II, 431, 447, 458.
R. Ref. I, 31, 105.
R. Prot. II, 269.
Quellen zu Artikel 581 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 222—223.
Abg. Ref. II, 431, 447, 458.
R. Ref. I, 31, 105.
R. Prot. II, 269.
Quellen zu Artikel 582 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 222—223.
R. Prot. II, 431, 447, 458.
R. Ref. I, 31, 105.
Quellen zu Artikel 583 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 222—223.
Abg. Prot. II, 431, 447, 458.
R. Ref. I, 31, 105.
R. Prot. II, 269.

nachtheiliger Wechselfälle, das Hinwegsterben des Ausstellers oder andere Umstände herbeigeführt werden kann [2]).

Veranlaßt wurde die Aufnahme dieser Procedurart zwar durch die Bestimmung des Artikel 2123 des Code civil mit dem darauf bezüglichen Gesetz vom 3. September 1807. Hienach wird eine gerichtliche Hypothek schon begründet, wenn die Aechtheit einer Privaturkunde, gleichviel ob auf ausdrückliche oder fictive Anerkennung oder auf Beweisführung durch Urtheil ausgesprochen ist. Die Hypothekeneinschreibung kann übrigens giltig erst erfolgen, wenn die betreffende Forderung einklagbar geworden ist. Durch die Generalisirung, welche die in den Artikeln 193—195 des Code de procéd. normirte hierauf bezügliche Procedur in der bayr. Pr. O. erfahren hat [3]), sowie durch die Beschränkung der Aechtheitsklage auf den Aussteller als Beklagten ist der Zweck und die Eigenthümlichkeit dieses Verfahrens im französischen Rechte modificirt.

I. Klage auf Aechtheitserklärung.

Der Inhaber einer Privaturkunde kann, wenn der daraus sich ergebende Anspruch noch nicht klagbar ist [4]), gegen die als Aussteller der Urkunde bezeichnete Person zu dem Zweck Klage erheben, damit die Urkunde durch gerichtliches Urtheil für ächt erklärt werde [5]), — gleichviel ob auf ausdrückliche oder fingirte [6]) Anerkennung oder nach Führung eines Aechtheitsbeweises [7]). Mit der Klage ist Abschrift der betreffenden Urkunde zuzustellen [8]).

Gegen andere Personen als den Aussteller ist die Klage auch dann nicht statthaft, wenn dieselben durch den Aussteller verpflichtet werden konnten. Die Klage fällt also hinweg, wenn der Aussteller gestorben ist oder die rechtliche Fähigkeit verloren hat, in eigener Person gerichtliche Erklärungen mit Wirksamkeit abzugeben. Der Wortlaut des Gesetzes scheint sogar zu verbieten, daß die Klage gegen den Erben des Schuldners, welcher der angebliche Aussteller war, erhoben werde. Daß der angebliche Aussteller, wenn er nicht der Schuldner ist, diesen der Kosten wegen in den Streit ziehen könne, wird dagegen nicht zu bezweifeln sein [9]).

Zuständig ist dasjenige Gericht, bei welchem der Anspruch, wenn er schon klagbar wäre, eingeklagt werden müßte; falls hiefür mehrere Gerichte zugleich competent sind, Eines derselben nach Wahl des Klägers; falls die Urkunde sich auf mehrere zu verschiedenen Gerichten ressortirende Ansprüche bezieht, das Gericht des Hauptanspruchs.

Hat der Beklagte die Aechtheit der Urkunde nicht bestritten, so fallen alle Kosten, soweit sie nicht durch Verschulden des Beklagten veranlaßt

2) Abg. Ref. II, 223.
3) Abg. Prot. II, 431.
4) Ist der Anspruch bereits im Ganzen oder theilweise klagbar, so ist nur Klage in der Hauptsache zuläßig.
5) Artikel 579 Pr. O.
6) Versäumnugsurtheil.
7) Abg. Prot. II, 447. Das Verfahren auf den Aechtheitsbeweis, im Fall die Urkunde bestritten wird, ist nach den allgemeinen Grundsätzen durchzuführen. Vgl. §§. 311—313, 339, 389.
8) Artikel 580 Pr. O.
9) Das Gleiche wird auch für die Hereinziehung des Schuldners in den Streit von Seite des Klägers gelten, wenn der Erstere nicht eine Person mit dem Aussteller ist; sonst wäre das Urtheil, weil den Schuldner nicht bindend, zwecklos.

sind[10]), dem Kläger zur Last, gleichviel ob der Beklagte erschienen ist (ausdrückliche Anerkennung) oder nicht (Versäumungsurtheil)[11]). Der Grund liegt darin, daß das ganze Verfahren nur im Interesse des Klägers stattfindet. Wird ein Aechtheitsverfahren nöthig, so richtet sich die Entscheidung über die hierauf erwachsenden Kosten nach allgemeinen Grundsätzen.

Im Uebrigen finden bezüglich des Verfahrens die allgemeinen Bestimmungen Anwendung[12]).

Anlangend endlich die Zulässigkeit von Einspruch und Rechtsmitteln, so gelten gleichfalls die allgemeinen Vorschriften[13]).

II. Anerkennung vor dem Vermittlungsamte.

Nach allgemeinen Grundsätzen ist dem Kläger unbenommen, vorerst das Vermittlungsamt anzugehen.

Erkennt der Aussteller einer Urkunde vor dem einzelnrichterlichen Vermittlungsamt[14]) die Urkunde als ächt an, so ist hierüber Protokoll aufzunehmen, das Anerkenntniß, soweit es erklärt ist, auf der Urkunde vorzumerken und die Vormerkung von dem Richter und Gerichtsschreiber unter Beidrückung des Gerichtssiegels zu unterzeichnen.

Solche Anerkenntnisse haben, einen Fall der unter Ziffer I erwähnten Art vorausgesetzt, gleiche Wirkung wie ein rechtskräftiges Urtheil, durch welches die Urkunde für ächt erklärt wurde[15]). Insbesondere kommt dem Anerkenntniß unter der gedachten Voraussetzung die Wirkung zu, für den Gläubiger eine Generalhypothek nach Artikel 2123 des Code civil zu begründen[16]).

## V. Capitel.

## Verfahren bei Klagen auf Ersatz des bei Aufläufen verursachten Schadens.

### §. 411.

Eine abnorme Procedur statuirt die Pr. O. für Klagen auf Ersatz des Schadens, welcher bei Aufläufen verursacht worden ist.

Sie reproducirt im Wesentlichen die Bestimmungen der einschlägigen Gesetze vom 10. Vend. IV, 12. März 1850 und 4. Mai 1851.

I. Die hieher gehörigen Fälle sind folgende: [1])

---

10) Artikel 106 Absatz 2 Pr. O.
11) Artikel 581 Pr. O.
12) Artikel 582 Pr. O.
13) Abg. Prot. II, 431.
14) Artikel 222 Absatz 2 Pr. O.
15) Artikel 583 Pr. O.
16) Abg. Prot. II, 447.

1) Quellen zu Artikel 590, 591 und 604 Pr. O.:
Abg. Prot. III, 594, 595, 598, 610, 611—612, 618, 619; IV, 118, 160.
R. Ref. I, 109—110; II, 196.
R. Prot. II, 280—281, 287; IV, 65.
Vgl. das Gesetz vom 12. März 1850, die Verpflichtung zum Ersatze des bei Auf-

1) die in Gemäßheit der erwähnten Gesetze erhobenen Schadensersatzklagen der Beschädigten gegen Gemeinden oder den Staat[2]),
2) die Entschädigungsklagen, mittels welcher der k. Fiscus den Ersatz der mit dem Einschreiten der bewaffneten Macht verbundenen Kosten in Gemäßheit des darauf bezüglichen Gesetzes vom 4. Mai 1851 Artikel 14 von den betreffenden Gemeinden in Anspruch nimmt [3]).

Die Klage muß bei Verlust des Anspruchs innerhalb eines Jahres vom Tage der Beschädigung an gerechnet zugestellt werden[4]).

Nicht hieher gehören die in Artikel 14 des Gesetzes vom 12. März 1850 und im Ges. vom 10. Vend. IV erwähnten Regreßklagen. Diese richten sich nach den allgemeinen Vorschriften. Die Frage, ob solche Regreßansprüche im Wege der Gewährschaftsklage (Artikel 69 ff. d. Pr. O.) in den Hauptstreit gezogen und in dem durch das XXIII. Hauptstück der Pr. O. normirten Verfahren miterledigt werden können, möchte bei dem abnormen Charakter dieser Procedur und im Hinblick auf die in Artikel 590 und 604 der Pr. O. enthaltenen Beschränkungen kaum zu bejahen sein.

II. Competenz. Vgl. Artikel 590, Artikel 38 Ziffer 6, Artikel 29 Abs. 2 und Artikel 20 der Pr. O., dann §. 33 Ziffer 3 und 4, §§. 109 und 111 Ziff. IV Nr. 6.

Der Fall, daß mehrere Gemeinden für den erhobenen Anspruch haften, kann vorkommen, wenn sich der Auflauf auf mehrere Orte erstreckt oder in einem Orte begonnen, am andern fortgesetzt und vollendet wurde, oder wenn die Theilnehmer verschiedenen Gemeinden in durchschnittlich gleicher Zahl angehören[5]).

III. Verfahren[6]).

Für die Klage wie das Verfahren darauf gelten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, jedoch mit folgenden Modificationen[7]):

1) Ist die Haftungsverbindlichkeit mehrerer Gemeinden begründet, so sind die Ansprüche gegen dieselben in einer und derselben Klage zu verbinden[8]). Diese von allgemeinen Vorschriften[9]) ab-

---

läufen diess. des Rheins verursachten Schadens betr., Artikel 1—3, 4 Abs. 1, Artikel 5 Absatz 1, Artikel 8—14 und Artikel 16.
Gesetz vom 10. Vend. IV, die innere Polizei in den Gemeinden betr.
Gesetz vom 4. Mai 1851, das Einschreiten der bewaffneten Macht zur Erhaltung der gesetzlichen Ordnung betr.

2) Artikel 590 Pr. O.; Artikel 1 und 2 des Ges. vom 12. März 1850; Tit. 4 des Ges. vom 10. Vend. IV.
3) Artikel 604 Pr. O.
4) Artikel 591 Pr. O.
5) Vgl. Abg. Prot. III, 595; R. Ref. II, 290, 291.
Das Allegat Nr. 5 zu §. 109 soll lauten: „Artikel 29 Absatz 2".
6) Quellen zu Artikel 592—603 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 60—61.
Abg. Prot. III, 594, 595—597, 598, 610—611, 612, 618, 619; IV, 118, 160, 161, 336, 368.
R. Ref. I, 110—112; II, 196—198.
R. Prot. II, 281—287; IV, 65.
7) Artikel 603 Pr. O.
8) Artikel 592 Pr. O.
9) Artikel 63 und 65 Pr. O.

weichende Bestimmung hat ihren Grund in dem inquisitorischen Charakter des Verfahrens, das der Verwirrung ausgesetzt wäre, wenn die Rechtsverfolgung in getrennten Klagen zugelassen würde[10]). Wurde die Vorschrift umgangen, so kann die Klage von vornherein abgewiesen werden, wogegen das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft sein wird[11]). Jedenfalls steht dem beklagten Theile das in Artikel 65 Abs. 1 der Pr. O. erwähnte Recht zu.

Dagegen ist active Klagenhäufung facultativ gestattet[12]). In der Klageschrift sind die Zeugenindividuen, durch welche der Kläger die von ihm behaupteten Thatsachen erforderlichen Falls darthun will, unter Angabe der durch jeden Zeugen zu beweisenden Thatsachen zu benennen[13]).

2) In dem motivirten Antrage, welchen der Beklagte auf die Klage zustellen läßt, ist hinsichtlich der Zeugen und der durch sie zu beweisenden Thatsachen in gleicher Weise zu verfahren, wie bei der Klageschrift[14]).

Die Zustellung eines motivirten Antrags des Klägers (Artikel 231 der Pr. O.) ist nicht geboten[15]).

Ist der Kläger durch den motivirten Antrag des Beklagten zu Gegenbemerkungen veranlaßt, so kann er einen bezüglichen Schriftsatz bei Hinterlegung der Acten auf der Gerichtsschreiberei (vgl. folgende Ziffer 3) mit übergeben[16]).

3) Anberaumung der Verhandlungstagfahrt.

Nach Zustellung des motivirten Antrags des Beklagten — falls aber für letzteren im Laufe der Erscheinungsfrist[17]) ein Anwalt nicht aufgestellt oder der aufgestellte Anwalt in der hiefür gestatteten Frist[17]) einen motivirten Antrag nicht hat zustellen lassen, nach Ablauf der betreffenden Fristen — hinterlegt der Anwalt des Klägers die sämmtlichen[18]) Acten auf der Gerichtsschreiberei[19]).

Nachdem der Gerichtsvorstand hievon den Staatsanwalt in Kenntniß gesetzt, hat dieser die etwaigen strafrechtlichen Untersuchungsacten und die von der Polizeibehörde in Gemäßheit des Artikel 3 des Gesetzes vom 12. März 1850 gemachten Erhebungen zu erholen, falls sie nicht schon dem Gerichte übersendet sind.

Das Gericht prüft in geheimer Sitzung nach schriftlicher Vernehmung des Staatsanwalts auf Vortrag eines vom Gerichts-

10) Abg. Prot. III, 595—596.
11) Artikel 738 Ziffer 1 Pr. O.
12) Artikel 5 Absatz 1 des Gesetzes vom 12. März 1850 und Artikel 63 Pr. O.
13) Artikel 593 Absatz 1 Pr. O.
14) Artikel 593 Absatz 2 Pr. O.
15) Artikel 598 Absatz 2 Pr. O. Aber auch nicht untersagt, wo sie nach den Umständen förderlich erscheint.
16) Artikel 594 Pr. O.
17) Abg. Prot. III, 612.
18) Abg. Prot. III, 612.
19) Artikel 594 Pr. O. Nach Erlaß des Urtheils werden die hinterlegten Parteiacten wieder zurückgegeben.

vorstande ernannten Berichterstatters, ob noch weitere Erhebungen über den Thatbestand, die Größe des Schadens oder die Umstände, unter welchen er zugefügt wurde, nöthig erscheinen. Das Gericht hat hiebei außer den vom Kläger übergebenen Acten die vorerwähnten polizeilichen und strafrechtlichen Untersuchungsacten, welche ihm vom Staatsanwalte vorzulegen sind, zu berücksichtigen[20]). Erachtet das Gericht hienach weitere Erhebungen nicht für nothwendig, so setzt es sofort eine Sitzung unmittelbar zur Verhandlung fest[21]). Eine besondere Hinterlegungstagfahrt findet nicht statt. Die Anträge werden nur bei der Verhandlung hinterlegt[22]).

Erachtet aber das Gericht weitere Erhebungen[23]) für nothwendig, so ordnet es dieselben generell oder mit Beschränkung auf bestimmte Puncte an. Abweichend vom gewöhnlichen Verfahren, in welchem die Beweisführung (Beweisanerbieten und Betrieb der Beweisaufnahme) Sache der Parteien ist, werden die Beweise von Amtswegen erhoben. Denn ihre Herbeischaffung würde für die Parteien nicht blos sehr kostspielig, sondern unter Umständen auch schwierig, manchmal unmöglich sein[24]). Die Anordnung erfolgt dahin, daß die betreffenden Erhebungen in der für Voruntersuchungen in Verbrechenssachen vorgeschriebenen Form durch ein damit beauftragtes Gerichtsmitglied und, wenn sie außerhalb des Gerichtssitzes zu pflegen sind, allenfalls durch das betreffende Einzelngericht gemacht oder nach Maßgabe des Artikel 335 der Pr. O. durch Ersuchen der einschlägigen, ausländischen Gerichtsbehörde, unter Umständen der betreffenden bayerischen Gesandtschaft oder eines bayerischen Consulats bewirkt werden.

Hiebei können auch andere als die von den Parteien benannten Zeugen vernommen werden[25]). Anwälte und Parteien können der Erhebung zwar beiwohnen, wie im gewöhnlichen Verfahren Fragen an die Zeugen stellen ꝛc.; doch ist davon, wann und wo dieselbe vorgenommen wird, nur Mittheilung zu machen[26]), soweit dies ohne Sachverzögerung geschehen kann[27]). Die Unterlassung oder Verspätung solcher Mittheilung begründet den Antrag auf Wiederholung der Erhebungen nicht. Auch sind die gepflogenen Erhebungen den Anwälten nicht mitzutheilen; ebenso wenig brauchen sie von deren Einlauf bei der Gerichtsschreiberei in Kenntniß gesetzt zu werden. Allerdings aber sind die Anwälte befugt, von diesen Erhebungen, sowie von den vom Gerichte außerdem benützten Actenstücken zu jeder

20) Artikel 595 Pr. O.
21) Artikel 596 Pr. O.
22) Artikel 598 Absatz 3 Pr. O.
23) Erhebungen über den Grund der Sache.
Sind beklagterseits Proceßeinreden ꝛc. vorgeschützt, so finden, was deren Zulässigkeit, das Verfahren und den Beweis betrifft, die allgemeinen Vorschriften Anwendung.
24) Abg. Prot. III, 596, 597.
25) Artikel 597 Absatz 1, 2 und 3 Pr. O.
26) Eine bestimmte Form der Mittheilung ist nicht vorgeschrieben.
27) Artikel 597 Absatz 4 Pr. O.

Zeit[28]) Einsicht zu nehmen[29]). Nach Hinterlegung der angeordneten Erhebungen wiederholt sich das Verfahren in einer weiteren geheimen Sitzung, wie nach der erstmaligen Actenhinterlegung. Erachtet das Gericht nunmehr die Sache für die unmittelbare Verhandlung reif, so setzt es zu diesem Zwecke Sitzung an[30]).

4) Gleichviel ob die Sitzung zur Verhandlung auf die erste Hinterlegung oder nach weiteren Erhebungen angesetzt wird, hat der Gerichtsschreiber[31]) den Anwalt des Klägers hievon in Kenntniß zu setzen. Dieser hat die Sache zum Eintrag in das Hauptverzeichniß anzumelden und dem Gegenanwalte, wenn ein solcher aufgestellt ist, eine Aufforderung zum Erscheinen in der Sitzung (Ladung) zustellen zu lassen[32]). Dem Beklagten, welcher keinen Anwalt aufgestellt hat, sind keine Zustellungen zu machen[33]).

5) Bei der Verhandlung, welcher der Staatsanwalt beiwohnen kann,[34]) wird zuvörderst durch ein vom Senatsvorstande zu bestimmendes Mitglied des aburtheilenden Senats[35]) das Ergebniß der über den Thatbestand, die Größe des Schadens und die Umstände, unter welchen er zugefügt wurde, vorliegenden Erhebungen, — nöthigenfalls unter Ablesung der betreffenden Actenstücke — vorgetragen. Es ist dies der Modus, wie die Ergebnisse der gepflogenen Erhebungen ꝛc. zur Kenntniß des Gerichts gelangen[36]).

Hieran schließt sich der Vortrag der Anwälte, Antragstellung und Motivirung, allenfalls die Erklärung des Staatsanwalts[37]). Beweisführung der Parteien, folglich auch Eideszuschiebung findet, dem inquisitorischen Charakter des Verfahrens entsprechend, nicht statt[38]).

6) Ergibt sich bei der Verhandlung die Nothwendigkeit weiterer Erhebungen, so ordnet das Gericht dieselben durch Vorbescheid in der in Artikel 597 angegebenen Weise an[39]). Das unter Ziffer 3 und 4 dargestellte Einleitungsverfahren wiederholt sich.

Andernfalls ist das Definitivurtheil zu erlassen. Auch richterliche Eidesauflage (Erfüllungseid) findet nicht statt[40]). Sie wäre dem Inquisitionsprincip zuwider und erscheint bei der völlig freien Bewegung des Gerichts unnöthig[41]).

Das Gericht hat auch dann, wenn bei der Verhandlung nur

---

28) Vor wie nach der Verhandlung. Abg. Prot. III, 612.
29) Artikel 597 Absatz 6 Pr. O.
30) Artikel 597 Absatz 5 Pr. O.
31) Der durch seine Anwesenheit in der geheimen Sitzung von der Beschlußfassung Kenntniß erhalten hat. Abg. Prot. III, 612.
32) Artikel 233 Pr. O.
33) Artikel 598 Absatz 1 Pr. O.
34) Artikel 160 Ziff. 9 Pr. O. Vgl. §. 28 und Abg. Prot. III, 597.
35) Das nicht dieselbe Person mit dem in Artikel 595 erwähnten Berichterstatter sein muß.
36) Abg. Prot. III, 596.
37) Artikel 599 Absatz 1 Pr. O.
38) Artikel 599 Absatz 2 Pr. O.
39) Artikel 600 Pr. O.
40) Artikel 599 Absatz 2 Pr. O.
41) Abg. Prot. II, 597.

eine der Parteien[42]) erscheint, das Urtheil nach Maßgabe der Sachlage und des Ergebnisses der gepflogenen Erhebungen[43]) zu erlassen. Gegen solche im ersten Rechtszug[44]) ergangenen Urtheile ist Einspruch nicht zulässig. Die Erlassung von Verbindungsurtheilen findet nicht statt[45]), weil das Urtheil in der Hauptsache unter allen Umständen gegenüber sämmtlichen Betheiligten ein contradictorisches ist. Es sind dies starke Abweichungen von der Regel. Sie wurden erst in zweiter Lesung vom Abgeordneten-Ausschuß angenommen[46]), um jeder Verwirrung des Verfahrens vorzubeugen.

Sind alle Parteien in der Verhandlung ausgeblieben, so wird die Sache vom Hauptverzeichniß gestrichen[47]).

Obschon die erforderlichen Erhebungen von Amtswegen gemacht werden, sind doch die hiedurch veranlaßten Kosten abweichend von der allgemeinen Regel[48]) nicht von beiden Theilen gemeinschaftlich, sondern vom Kläger allein vorläufig auszulegen[49]), weil jene Erhebungen in seinem Interesse stattfinden. Im Uebrigen gelten für die Entscheidung im Kostenpunct die allgemeinen Bestimmungen, wonach selbstverständlich der unterliegende Theil auch jene Kosten tragen muß, die vom Kläger einstweilen vorgeschossen wurden[50]).

In Ansehung der Rechtsmittel gelten die allgemeinen Vorschriften[51]). Auf das Verfahren in zweiter Instanz finden die bisher erläuterten Bestimmungen gleichfalls Anwendung.

7) Hinsichtlich des Vollzugs der gegen die Beklagten ergehenden Urtheile bleibt es abweichend von der Regel[52]) bei den bezüglichen Bestimmungen des Gesetzes vom 12. März 1850 (Artikel 8—13) und des Gesetzes vom 10. Vend. IV (Tit. 5 Art. 7—9)[53]).

---

42) Statt eine der beiden Parteien, weil der Fall vorkommen kann, daß mehr als zwei Parteien im Streite begriffen sind. Abg. Prot. IV, 336.
43) Vgl. Artikel 346 d. Pr. O.
44) Im zweiten Rechtszug ist Einspruch zulässig.
45) Artikel 599 Absatz 3 und 4 Pr. O.
46) Vgl. Abg. Prot. III, 597 u. 598.
47) Abg. Ref. III, 61.
48) Artikel 105 Absatz 2 Pr. O.
49) Artikel 601 Pr. O.
50) Abg. Prot. III, 597. Vgl. Artikel 343 Pr. O.
51) Abg. Prot. III, 598, 612. R. Ref. II, 287.
52) Abg. Prot. III, 612.
53) Artikel 602 d. Pr. O. Die Bestimmung in Artikel 8 Absatz 2 des Gesetzes vom 12. März 1859 ist nunmehr dahin zu verstehen, daß der Kläger Urtheilsausfertigung erholt und solche der vorgesetzten Verwaltungsbehörde übergibt.

# VI. Capitel.

## Wechselproceß [1]).

### §. 412.

Der Wechselproceß findet mit Ausschluß sonstiger Verfahrensarten

---

1) Quellen zu Artikel 539 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 196—197; III, 58.
Abg. Prot. II, 378, 401, 402, 406; IV, 111, 156.
R. Ref. I, 29; IV, 190.
R. Prot. II, 260; IV, 63.
Quellen zu Artikel 540 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 196—197.
Abg. Prot. II, 378—379, 401, 402, 406, 453.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 260.
Quellen zu Artikel 541 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 196—197.
Abg. Prot. II. 378—379, 401, 402, 406, 453.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 260.
Quellen zu Artikel 542 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 197—198.
Abg. Prot. II, 379—380, 401, 402, 406, 453.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 260.
Quellen zu Artikel 543 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 197—198.
Abg. Prot. II. 379—380, 401, 402, 407, 454.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 260.
Quellen zu Artikel 544 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 197—198.
Abg. Prot. II, 379—380, 401, 402, 407, 454.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 260.
Quellen zu Artikel 545 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 197—198.
Abg. Prot. II, 379—380, 401, 402, 407, 454.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 260.
Quellen zu Artikel 546 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 197—198.
Abg. Prot. II, 379—380, 401, 402, 407, 453.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 260.
Quellen zu Artikel 547 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 198.
Abg. Prot. II, 380—385, 401—402, 407.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 260.

in Wechselsachen d. i. Klagen auf den Vollzug wechselrechtlicher Verbindlichkeiten [2]) und auf Klagen aus kaufmännischen Anweisungen [3]) Anwendung, auf letztere namentlich deshalb, weil der Artikel 1 des bezüglichen Gesetzes [4]), von den Modificationen der Art. 2—5 abgesehen, die kaufmännischen Anweisungen durchweg den gezogenen Wechseln gleichstellt.

Ueber die Competenz in solchen Sachen vgl. §§. 62, 105 [5]).

In Ansehung des Verfahrens greifen die Vorschriften über das Verfahren vor den Handelsgerichten mit nachfolgenden Modificationen Platz [6]).

Im Allgemeinen ist von Seite des Gerichts auf einen möglichst raschen Verlauf der Sachen Bedacht zu nehmen. Daher sind alle Fristen, deren Bestimmung vom Gerichte abhängt, nur nach den Anforderungen des unabweislichen Bedürfnisses festzusetzen, das heißt, so weit thunlich zu verkürzen [7]). Die Vertagung der Verhandlung ist ohne Einwilligung des Klägers lediglich, wenn besonders dringende und vollständig nachgewiesene [8]) Umstände sie nothwendig machen, und nur auf möglichst kurze Zeit zu bewilligen [9]). Sind jedoch diese Voraussetzungen gegeben, so kann auch eine mehrmalige Vertagung bewilligt werden [10]). Vertagung aus Anlaß

---

Quellen zu Artikel 548 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 196—197; III, 58.
Abg. Prot. II, 379, 402, 407, 454; IV, 111, 157.
R. Ref. I, 29, 104; II, 190—191.
R. Prot. II, 260—261.

Quellen zu Artikel 549 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 198—199.
Abg. Prot. II, 385—386, 402, 407.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 261.

Quellen zu Artikel 550 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 198—199.
Abg. Prot. II, 385—386, 402, 407.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 261.

Quellen zu Artikel 551 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 199; III, 58—59.
Abg. Prot. II, 386, 402, 407; IV, 111, 157.
R. Ref. I, 29, 105; II, 191—192.
R. Prot. II, 261—262; IV, 63.

Quellen zu Artikel 552 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 378, 386, 402, 407.
R. Ref. I, 29.
R. Prot. II, 262.
Vgl. Arnold a. a. O. S. 144—145.

2) Artikel 539 Pr. O.
3) Artikel 552 Pr. O.
4) Gesetz vom 29. Juni 1851, die kaufmännischen Anweisungen betr.
5) Ueber die Competenzgrenzen zwischen dem Handels- und Gantgericht in der Lehre vom Gantverfahren.
6) Artikel 539 Pr. O.
7) Artikel 548 Absatz 1 Pr. O.
8) Bloße Bescheinigung genügt nicht.
9) Artikel 548 Absatz 2 Pr. O.
10) Abg. Prot. II, 402.

von Streitverkündung oder Gewährschaftsklage ist abweichend von Artikel 509 und 69 ff. d. Pr. O. immer nur mit Einwilligung des Klägers zulässig[11]). Zwar wird schon in Artikel 80 Abs. 2 der Wechselordnung die Streitverkündung erwähnt, folglich ihre Zulässigkeit im Wechselprocesse vorausgesetzt. Allein diese Stelle hat doch lediglich die civilrechtliche Bedeutung und Wirkung der Streitverkündung im Auge, insoferne nemlich durch dieselbe die Unterbrechung der kurzen Verjährungsfrist gegen die Vormänner und den Wechselaussteller bezweckt wird. Dagegen folgte schon die bisherige diesrheinische Praxis dem Grundsatz, daß die gewöhnlichen processualen Vorschriften für die Behandlung der Litisdenunciation im Wechselprocesse, als mit der Natur und dem Zweck desselben unvereinbar, keine Anwendung finden können[12]). Diesen Grundsatz hält auch die neue Civilproceßordnung in der Art fest, daß zwar die Streitverkündung und Gewährschaftsklage im Wechselprocesse nicht ausgeschlossen ist, aber die über die processuale Behandlung derselben bestehenden allgemeinen Vorschriften nur insoweit Anwendung finden, als dies ohne alle Beeinträchtigung des Zwecks und Ganges der Wechselprocedur geschehen kann, — das heißt mit der obenbezeichneten Beschränkung der Vertagungen[13]).

Unter allen Umständen kann der Beklagte von Streitverkündung und Gewährschaftsklage Gebrauch machen, wenn er in der Lage ist, die betreffende Ladung dem Gewährschaftsbeklagten unter Einhaltung der Ladungsfrist noch vor der für die Hauptsache gewählten Verhandlung zustellen zu lassen.

Anlangend das Verfahren im Einzelnen, und zwar:

I. Die Klagserhebung, so muß der Kläger den Wechsel, den dazu gehörigen Protest und die etwa sonst zur Begründung seines Anspruchs erforderlichen Urkunden mit der Klage abschriftlich zustellen lassen[14]). In der Vorladung muß der Beklagte ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden, daß, wenn etwa seinerseits die ihn verbindende Unterschrift auf dem Wechsel eidlich abgeläugnet werden wollte, er in der Sitzung persönlich erscheinen, falls ihm aber dies wegen Krankheit oder anderer unabwendbarer Verhinderung unmöglich ist, sofort in dieser Sitzung den Nachweis seiner Verhinderung liefern muß[15]). Ob zum Wechsel ein Protest „gehörig", ist aus der Wechsel-Ordnung, d. h. dem materiellen Wechselrechte zu entnehmen. Auch setzt die ganze Bestimmung voraus, „daß nicht die Wechsel-Ordnung etwas anderes mit sich bringt", das heißt, daß nicht ein Fall gegeben ist, in welchem der Wechsel überhaupt nicht erforderlich scheint. Ist die Klage auf Zahlung einer Wechselsumme zu richten, so ist der Wechsel stets nothwendig; diese Fälle hat der Artikel 540 der Proceß-Ordnung zunächst im Auge. Bei Wechselregreßklagen (Artikel 26 der Wechsel-Ordnung) ist der Wechsel nicht immer erforderlich[16]).

---

11) Artikel 548 Absatz 3 Pr. O.
12) Zeitschrift für Gesetzgeb. u. Rechtspfl. Bd. X S. 887.
13) Vgl. R. Ref. I, 104—105.
R. Prot. II, 260—261.
Abg. Ref. III, 58.
14) Artikel 540 Pr. O.
15) Artikel 541 Pr. O.
16) Abg. Prot. II, 379.

Sollte ferner in einem einzelnen Falle die abschriftliche Zustellung des Wechsels oder der Protesturkunden, wo sie nothwendig, aus Versehen unterblieben sein und dieser Mangel vom Beklagten geltend gemacht werden, so ist der Richter nicht zur Klagsabweisung genöthigt. Er kann vielmehr dem Kläger eine Frist zu der nachträglich auf seine Kosten zu bethätigenden Beibringung und Zustellung des Wechsels und der Protesturkunde geben [17]). Dagegen kann auch gegen den in der Verhandlung nicht erschienenen Beklagten, wenn entweder die betreffenden Urkunden nicht zugestellt oder die Erinnerung an Artikel 541 unterblieben ist, das strenge Präjudiz des Gesetzes nicht verwirklicht werden.

II. Bei der Verhandlung hat

1) der Kläger den zum Nachweise des Klaganspruchs in Gemäßheit der Wechsel-Ordnung erforderlichen Wechsel, den dazu gehörigen Protest und die etwa sonst zur Begründung seines Anspruchs nothwendigen Urkunden in Urschrift vorzulegen, gleichviel ob der Beklagte erschienen ist oder nicht [18]).

Stehen ihm zum erwähnten Zweck für etwaige Repliken oder für den Gegenbeweis noch andere Beweismittel, welcher Art immer, zur Verfügung, so ist er berechtigt, auch diese zu gebrauchen.

Insoweit der Kläger sich außer dem Wechsel noch anderer Beweismittel bedient [19]), kommen sowohl in Ansehung der Verhandlung als des weiteren Verfahrens die gewöhnlichen Vorschriften zur Anwendung.

In Ansehung des Wechsels gelten folgende besondere Bestimmungen:

a) Der Beklagte hat sich bei der Verhandlung sofort zu erklären, ob er die ihn verbindende Unterschrift auf dem Wechsel anerkenne oder nicht [20]), wenn die Unterschrift von einem Dritten herrühren soll, zugleich darüber, ob er anerkenne, daß der Dritte ihn durch seine Unterschrift rechtlich habe verpflichten können [21]).

Erklärt der Beklagte, die ihn verbindende Unterschrift nicht anzuerkennen, so muß sich derselbe zugleich erbieten zu beschwören, daß er sie weder selbst beigesetzt, noch durch einen Andern in seinem Namen habe beisetzen lassen, falls aber die Unterschrift von einem Dritten zum Beispiel vom Procuristen [22]) herrühren soll, daß ihm nicht bekannt sei, daß sie von diesem Dritten herrühre

---

17) Abg. Prot. II, 378.

18) Vgl. Ziffer I.

19) Gleichviel welcher Art, Zeugen, Urkunden, Eid 2c.

20) Artikel 542 Absatz 1 Pr. O.

21) Artikel 542 Absatz 2 Pr. O.

22) Nach dem geltenden Handels- und Wechsel-Recht können Wechsel vorkommen, welche nicht von dem Beklagten, sondern in seinem Namen von einem Dritten, insbesondere von Procuristen giltig ausgestellt wurden. Die strengere Ansicht geht dahin, den Principal und Procuristen für eine Person zu betrachten und vermöge dieser juristischen Fiction den Principal, gegen welchen natürlich die Klage geht, den Diffessionseid ganz in der nämlichen Formel leisten zu lassen, wie wenn er den Wechsel selbst ausgestellt hätte. Die Proceß-Ordnung folgt der milderen Ansicht; wer einen von einem Procuristen unterzeichneten Wechsel annimmt, hat sich die bezüglichen Inconvenienzen selbst zuzuschreiben. Abg. Pr. II, 379.

und daß er nach sorgfältiger Benützung der ihm zu Gebot stehenden Ueberzeugungsmittel sie als ächt anzuerkennen nicht vermöge[23]). Der Beklagte hat diesen Eid seinerseits anzubieten, ohne abzuwarten, ob sich etwa Kläger der Eideszuschiebung bediene; auch findet eine Ueberwälzung des Eides an den Letzteren (Zurückschiebung) nicht statt. Dagegen hat, wenn der Beklagte bestreitet, daß ihn der dritte Unterzeichner des Wechsels durch seine Unterschrift rechtlich habe verpflichten können, der Kläger vorerst Letzteres zu beweisen; dieser Beweis aber steht dem Kläger auf dem gewöhnlichen Wege mit allen gesetzlich zulässigen Probemitteln zu[24]).

Wenn der Beklagte weder persönlich noch durch einen legal Bevollmächtigten erscheint, so ist die Wechselunterschrift für anerkannt und, falls sie von einem Dritten herrühren soll, auch die Haftbarkeit des Beklagten für die aus der Unterschrift des Dritten sich ergebenden Verpflichtungen als zugestanden zu erachten[25]). Dasselbe gilt, wenn der persönlich oder durch einen Bevollmächtigten erschienene Beklagte die Erklärung über die Aechtheit der Wechselunterschrift[26]) oder darüber verweigert, ob der Dritte ihn durch seine Unterschrift rechtlich habe verpflichten können[27]). Desgleichen ist die Wechselunterschrift für anerkannt zu erachten, wenn der persönlich oder durch einen Bevollmächtigten erschienene Beklagte zwar die Aechtheit bestreitet, jedoch damit nicht zugleich das Erbieten eidlicher Abläugnung verbindet[28]). War endlich ein Bevollmächtigter für den Beklagten, der Letztere aber persönlich nicht erschienen, so ist, auch wenn der Bevollmächtigte mit Bestreitung der Aechtheit der Wechselunterschrift die Erklärung verbindet, daß der Beklagte zur eidlichen Abläugnung bereit sei, — gleichwohl die Unterschrift für anerkannt zu erachten, es weise denn der Bevollmächtigte zugleich nach, daß es dem Beklagten wegen Krankheit oder anderer unabwendbarer Verhinderung unmöglich war, persönlich zu erscheinen[29]).

b) Der Kläger ist, im Falle die Aechtheit der Wechselunterschrift bestritten wird, nicht gehalten, es auf den vom Beklagten angebotenen Eid ankommen zu lassen. Er kann die Aechtheit der Unterschrift nach allgemeinen Grundsätzen auf gewöhnlichem Wege, das heißt mit allen gesetzlich für den Aechtheitsbeweis überhaupt statt-

23) Artikel 542 Absatz 1 S. 2 Pr. O.
24) Abg. Prot. II, 379—380.
25) Artikel 543 Pr. O.
26) Artikel 544 Absatz 1 Pr. O.
27) Artikel 546 Absatz 1 Pr. O.
28) Artikel 544 Absatz 1 Pr. O. in fine.
Der Fall eines bloßen Versehens kann übrigens nicht vorkommen. Der Vorsitzende ist verpflichtet, auf die etwa nothwendigen Erklärungen 2c. aufmerksam zu machen.
29) Artikel 544 Absatz 2 Pr. O. Bloße Bescheinigung genügt nicht.

haften Probemitteln[30]) beweisen, wobei die Vorschriften des Artikel 371 Absatz 2, 376 — 383 und Artikel 385 Anwendung finden[31]).

Schlagen seine primären Beweismittel fehl, so kann er sich eventuell immer noch der Eideszuschiebung bedienen[32]). Der Staatsanwalt nimmt am Aechtheitsverfahren, weil vor dem Handelsgerichte stattfindend, nicht Theil.

Macht Kläger von dieser Befugniß keinen Gebrauch, läßt er es vielmehr auf den Eid des Beklagten allein ankommen, so hat das Gericht diesem den Eid entweder sofort abzunehmen oder, falls hiegegen Bedenken oder Hindernisse bestehen, das weiter Sachgemäße zu verfügen[33]), m. a. W. die Eidesabnahme in eine spätere Sitzung zu vertagen. Dies hat insbesondere zu geschehen, wenn der für den Beklagten erschienene Bevollmächtigte den Nachweis erbracht hat, daß seinem Mandanten das persönliche Erscheinen unmöglich war[34]). Nach Umständen kann auch ein Gerichtsmitglied oder ein auswärtiges Gericht mit der Eidesabnahme, wenn nöthig in des Beklagten Wohnung, beauftragt werden. Nicht minder ist die Eidesabnahme auszusetzen, wenn vorerst vom Kläger der Beweis zu erbringen ist, daß den Beklagten die von einem Dritten herrührende Wechselunterschrift verpflichte, da, falls dieser Beweis mißlingt, jene Eidesleistung unnöthig wäre.

2) Der Beklagte kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche entweder die wesentlichen Erfordernisse des Verfahrens[35]) betreffen oder unter Artikel 82 der Wechsel-Ordnung fallen[36]), d. h. entweder aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen (Wechselfähigkeit, Form und Inhalt der Wechselerklärung, Aechtheit der Unterschrift, Wechselverjährung, Voraussetzungen des Wechselregresses ꝛc.) oder dem Beklagten unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Uebrigens sind auch in dieser Richtung nicht alle civilrechtlichen Einreden statthaft, da der Wechsel nach Auffassung unserer Wechselordnung ein Formalcontract ist, bei welchem die causa debendi zurücktritt. Es ist hierüber die sehr reichhaltige Litteratur nachzulesen.

Zum Beweise seiner Einreden (soweit sie zulässig sind) kann sich der Beklagte, sofern und soweit ein Beweis dafür erforderlich, aller gesetzlich statthaften Beweismittel auf dem gewöhnlichen Wege d. i. wie im Handelsprocesse bedienen; hiemit sind die nach früherem diesrheinischen Rechte bestehenden Beschränkungen gefallen[37]).

---

30) Zeugen, Urkunden, Schriftenvergleichung ꝛc. Abg. Prot. II, 379—380.
31) Artikel 545 Absatz 1 u. 3 Pr. O.
32) Abg. Ref. II, 198.
33) Artikel 545 Absatz 2 Pr. O.
34) Vgl. Artikel 544 Absatz 2 Pr. O.
35) Also Proceß- und privilegirte Einreden jeder Art. Es gelten hiefür die allgemeinen Bestimmungen. Artikel 506 Absatz 2, Abg. Prot. II, 380.
36) Abg. Prot. II, 380—385.
37) Abg. Prot. II, 380—385.

III. Urtheil.

Ein Interlocut[38]) ist nur zu erlassen, wenn der Kläger den Beweis der Haftung des Beklagten für die von einem Dritten herrührende Wechselunterschrift zu führen hat und diesen mit anderen als urkundlichen Probemitteln bezielt, — oder wenn der Kläger für den Klaggrund andere als urkundliche Beweismittel zu benützen in der Lage ist, — oder wenn derselbe den gewöhnlichen Aechtheitsbeweis durch Zeugen oder Schriftvergleichung führen will, — oder wenn es sich um den Beweis von Einreden, Repliken oder um Gegenbeweis handelt, welcher mit anderen als urkundlichen Probemitteln angeboten ist.

In den übrigen Fällen ergeht sofort Definitivurtheil.

Im Wechselproceß ist jede Frist, jede Tagfahrt peremtorisch. Gegen Versäumungsurtheile findet deshalb kein Einspruch statt[39]), gleichviel ob sie wider den Kläger oder Beklagten, ob sie zur ersten oder auf eine Beweisschlußverhandlung, ob zur Hauptsache oder über eine Vorfrage ergehen[40]). Vgl. §. 380 i. f. Es ist dies unter Umständen eine Härte, auf welche vom R. Ref. aufmerksam gemacht wurde[41]). Allein es beruht hierauf mit die eigenthümliche Strenge des Wechselprocesses[42]).

Ist bei gegebenen Voraussetzungen die Wechselunterschrift als anerkannt oder des Beklagten Haftbarkeit für die Unterschrift eines Dritten als zugestanden zu erklären, so kann dies in den Entscheidungsgründen geschehen, während sich der Tenor auf die Verurtheilung des Beklagten beschränkt[43]).

Die Nachklage darf im Wechselproceß nicht ausdrücklich[44]) vorbehalten werden. Eben deshalb findet die Anordnung einer Sicherheitsleistung für dieselbe nicht statt[45]). Zulässig aber ist die Nachklage in allen hiezu an sich geeigneten Fällen, mit andern Worten dann, wenn eine Einrede in Frage steht, welche nach Artikel 547 im Wechselprocesse nicht statthaft ist[46]).

Die einstweilige Vollstreckbarkeit des Urtheils ohne Rücksicht auf Einspruch oder Berufung muß in allen Fällen auf Antrag der obsiegenden Partei mit ausgesprochen werden[47]). Sie ist ohne vorgängige Sicherheitsleistung zu verfügen, wenn es sich um einen Fall des Artikel 268 Abs. 1 der Proceßordnung handelt, oder wenn der Wechselverpflichtete die Aechtheit der ihn verbindenden Unterschrift, gleichviel ob seiner eigenen oder der Unterschrift eines Dritten[48]), nicht bestritten hat[49]). In allen anderen Fällen bleibt es dem Ermessen des Gerichts anheimgegeben, ob eine solche Sicherheitsleistung anzuordnen sei[50]).

---

38) Auf Beweis oder Eid.
39) Artikel 551 Pr. O.
40) Abg. Prot. II, 386.
41) R. Prot. II, 262.
42) Vgl. übrigens Abg. Prot. II, 386, 402.
43) Abg. Prot. II, 454.
44) Vgl. Artikel 125 Pr. O.
45) Artikel 550 Pr. O.
46) Vgl. Abg. Prot. II, 385, 402.
47) Weil ein handelsgerichtliches Urtheil in Frage ist. Artikel 513 Absatz 3 Pr. O.
48) Abg. Ref. II, 198.
49) Das heißt entweder ausdrücklich zugestanden oder in contumac. Durch Letzteres unterscheidet sich Artikel 549 von Artikel 268 Absatz 1 (ausdrückliches Anerkenntniß).
50) Artikel 549 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 385; Abg. Ref. II, 198.

## VII. Capitel.

# Eheproceß.

### §. 413 [1]).

I. Die Bestimmungen, welche die Pr. O. über das Verfahren [2]) in Ehestreitigkeiten gibt (Hauptst. XXVI), finden

1) Auf die vor die katholischen Ehegerichte [3]) oder vor die Gemeingerichte gehörigen Ehestreitsachen keine Anwendung. Für erstere gilt der kanonische Proceß, für letztere der gewöhnliche Anwaltsproceß, in der Pfalz mit gewissen Modificationen [4]).

Der gewöhnliche bezirksgerichtliche Proceß gilt selbst für gewisse Sachen, welche vor die besonderen staatlichen Ehegerichte gehören. Es sind dies die Klagen auf Auflösung einer bereits vom katholischen Ehegericht geschiedenen Mischehe durch das protestantische oder Dissidentenehegericht [5]). Die Sache ist mittels Klage einzuleiten und zu verhandeln. Die Vorschriften über den gewöhnlichen Ehescheidungsproceß, über Zulassung der Klage, Sühneversuch ꝛc. (Artikel 656—674 Pr. O.) finden keine Anwendung. Das bürgerliche Ehegericht hat seiner Entscheidung die bei dem katholischen festgestell-

---

1) Quellen zu Artikel 655 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 443, 449.
Abg. Ref. II, 386—387, 402, 403, 407; IV, 120, 167.
R. Ref. I, 31—32, 115—116; II, 205.
R. Prot. II, 291—298; IV, 72.
Quellen zu Artikel 656 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 443—444, 449.
Abg. Prot. II, 387—388, 402—403, 407, 454.
R. Ref. I, 32, 115—116.
R. Prot. II, 298.
Quellen zu Artikel 657 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 447, 451.
Abg. Prot. II, 395—396, 403, 407.
R. Ref. I, 32, 115—116
R. Prot. II, 298.
Quellen zu Artikel 658 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 447, 451,; III, 63.
Abg. Prot. II, 396, 403, 407, 454; IV, 120, 167.
R. Ref. I, 32, 115—116; II, 206.
R. Prot. II, 298; IV, 72.
Quellen zu Artikel 660—674 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 443, 444, 445, 446, 447, 449, 450, 451, III, 63.
Abg. Prot. II, 387—389, 390—392, 394, 395, 396, 403—404, 405, 408, 409, 454; IV, 120, 168.
R. Ref I, 32, 115—116; II, 206.
R. Prot. II, 298; IV, 72.

2) Ueber die Competenz in Ehesachen vergl. §§. 2, 50, 63—66, 71; über Besetzung und Geschäftsbehandlung der Ehegerichte §§. 16 und 42.

3) §. 2 Ziffer V.

4) Vgl. §§. 29 und 50.

5) Vgl. §. 63 Ziffer II, 3; §. 64 Ziffer II, 2; Artikel 19 Dissid. Ehegesetz.

ten Thatsachen zu Grund zu legen [6]). Daß hiezu die einschlägigen Acten des katholischen Ehegerichts benützt werden können, versteht sich von selbst. Ob die vom katholischen Ehegericht festgestellten Thatsachen mit Recht oder mit Unrecht als erwiesen angenommen worden sind, darf nicht weiter untersucht werden. Das bürgerliche Ehegericht hat seine Prüfung auf die Frage zu beschränken, ob durch das Urtheil des Consistoriums die Ehetrennung auf unbestimmte Zeit oder doch auf länger als drei Jahre ausgesprochen wurde. Ist dies der Fall und reichen die festgestellten Thatsachen hin, um nach protestantischem oder Dissidenteneherecht die Scheidung zu begründen, so wird letztere verfügt. Anderenfalls ist die Klage abzuweisen. Zur Abweisung der Klage kann es auch kommen, wenn in der Zeit nach Erlassung des Urtheils auf Trennung der Ehegatten durch das katholische Ehegericht neue Thatsachen eingetreten sind, welche die Sachlage wesentlich ändern z. B. eine Aussöhnung der Streittheile. Solche Thatsachen können stets noch geltend gemacht werden, wie denn der vor dem bürgerlichen Ehegericht beklagte katholische Ehetheil mit seinen Erinnerungen immer zu hören ist. Andere Thatsachen, insbesondere die bereits vor Erlassung des Trenungsurtheils des katholischen Ehegerichts datirenden können vor dem bürgerlichen Gerichte nicht geltend gemacht werden [7]).

2) Den Gegenstand des im XXVI. Hauptstück der Pr. O. normirten Verfahrens bilden lediglich Klagsachen [8]), welche vor die protestantischen [9]) oder Dissidentenehegerichte [10]) in den diesrheinischen Landestheilen gehören und zwar:

a) Die Klagen auf Ehescheidung, mit Ausnahme der unter Ziffer I, 1 zuletzt erwähnten.

Uebrigens zählen hieher nicht blos die gewöhnlichen Ehescheidungsklagen, sondern auch die Klagen auf Trennung von Tisch und Bett, welche in manchen protestantischen Ehescheidungsordnungen zugelassen sind z. B. im Hohenlohe'schen Landrecht Tit. 8

6) Artikel 675 Pr. O.

7) Abg. Prot. II, 400—401.

8) Die in den Landestheilen diess. d. Rhs. geltenden protest. Eherechte sind die folgenden:
- a) das gemeine Recht,
- b) das preußische Landrecht mit der preuß. Gerichtsordnung.
- c) die Nürnberger Ehescheidungsordnung von 1803,
- d) die Würtembergische Ehegerichtsordnung von 1687,
- e) das Oesterreichische Gesetzbuch von 1811,
- f) das Hohenlohe'sche Landrecht von 1738,
- g) die Rothenburgische Eheordnung von 1656,
- h) die Ansbacher Ehegerichtsordnung von 1567 und die Ansbacher Eheartikel von 1743,
- i) die Bayreuther Eheartikel von 1741,
- k) die Castellische Eheordnung von 1795,
- l) die Oettingische Ehegerichtsordnung von 1660,
- m) die Schwarzenbergische Ehegerichtsordnung von 1752.

Vgl. Abg. Prot. II, 386.

9) §. 63 Ziffer I und II, 1, 2 mit §. 65.

10) §. 64 Ziffer I und II mit §. 66, dann Artikel 17 Dissid. Ehegesetz, Artikel 3 Ziffer 15 und Artikel 9 des Einf. Ges. z. Pr. O.

§. 2 [11]). Sie sind nur eine Unterart der Ehescheidungsklagen und werden processual diesen gleich behandelt [12]).

b) Die Klagen auf Ungiltigkeit oder Nichtigkeit der Ehe [13]).

c) Die Klagen auf provisorische Separation der Gatten während des Hauptprocesses (Permittimus) [14]).

Die Pr. O. gibt übrigens nur einzelne den Eheproceß betreffende Bestimmungen (Artikel 656—681). Von diesen besonderen Vorschriften abgesehen ist das Verfahren vor den protestantischen und Dissidentenehegerichten dasselbe wie vor den Bezirksgerichten (Anwaltsproceß) [15]).

II. Anlangend die Klagserhebung in Ehescheidungssachen einschließlich der Klagen auf Trennung von Tisch und Bett, so gelten die nachfolgenden Bestimmungen.

1) Vorbedingungen der Klagestellung.

Hat nach dem bestehenden Eherecht der Klagestellung ein Rückkehr- oder Besserungsbefehl vorauszugehen, so steht die Erlassung desselben dem Einzelngerichte des Wohnsitzes der Eheleute zu. Die gesetzlichen Befugnisse der Polizeibehörden werden hiedurch nicht berührt [16]).

Die einschlägigen Statutarrechte enthalten hierüber die verschiedenartigsten Bestimmungen z. B. das preuß. Landrecht Thl. II Tit. 1 §§. 675, 685, 709, 712; die Nürnberger Ehescheidungsordnung von 1803 §§. 11, 14, 19, 22, 27; das Hohenlohe'sche Landrecht Tit. 8 §. 1; die Oettingen-Spielbergische Eheordnung von 1660 Artikel 4. Die allgemeine Vorschrift der Pr. O. derogirt allen diesen Sonderbestimmungen [17]).

Unter „den gesetzlichen Befugnissen der Polizeibehörden" versteht die Proceßordnung nicht blos jene, welche auf Gesetz beruhen. Es gehören hieher auch die mit gesetzlicher Wirksamkeit bekleideten Verordnungen, also solche, welche vor der Verfassungsurkunde gegeben sind, von späteren diejenigen, welche auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erlassen wurden. So räumt die bestehende Armengesetzgebung

11) Abg. Ref. II, 447. Sie gelten nun auch für Dissidenten.

12) Artikel 674 Pr. O. Hiemit nicht zu verwechseln ist der Permittimus-Proceß. Vgl. §. 415.

13) Vgl. §. 414.

14) Vgl. §. 415.
Ein besonderes Verfahren enthielt der Reg. Entwurf auch für jene Fälle, in welchen die Auflösung der Ehe wegen strafrechtlicher Verurtheilung eines der Gatten verlangt werden kann. Es sollte auf schriftliches, mit dem Strafurtheil und einem Zeugniß über dessen Rechtskraft belegtes Gesuch die Ehescheidung ohne Weiteres, also ohne Verhandlung und Gehör des Beklagten (Hauptstück XIX der Pr. O.) ausgesprochen werden. Allein dieser Vorschlag erhielt die Zustimmung der Gesetzgebungsausschüsse nicht. Es hat also auch für Fälle der angegebenen Art beim gewöhnlichen Scheidungsprocesse sein Bewenden. Ist der Beklagte Zuchthaussträfling, so wird gegen ihn verfahren wie gegen sonstige unter Curatel stehende Personen. Abg. Prot. II, 449; Abg. Prot. II, 398.

15) Artikel 655 Pr. O.

16) Artikel 657 Pr. O.

17) Abg. Ref. II, 447.

den Polizeibehörden gewisse Befugnisse der Ermahnung und Einschreitung gegen Eheleute ein, welche durch schlechte Wirthschaft der öffentlichen Wohlthätigkeit anheimzufallen drohen. Sonstige gesetzliche Bestimmungen geben den Polizeibehörden gewisse Befugnisse hinsichtlich der Gestattung oder Verweigerung des Aufenthalts, zur Einschreitung gegen Arbeitsscheue ꝛc. Ins eheliche Verhältniß einzugreifen, beabsichtigen alle diese Vorschriften nicht [18]).

Auch die öffentliche Ausschreibung in Desertionsfällen ist in den meisten Statutarrechten vorgeschrieben. Doch enthalten dieselben sowohl bezüglich der Termine, welche vor der Ausschreibung zu beobachten oder in derselben vorzusetzen sind, als bezüglich der zuständigen Behörde theils ungenügende, theils sehr verschiedenartige Bestimmungen. Vgl. z. B. das preuß. Landrecht Thl. II Tit. 1 §§. 688, 690—693, die Nürnberger Ehescheidungsordnung §§. 14—16, das Hohenlohe'sche Landrecht Tit. 8 §. 6. Die Pr. O. regelt diese Puncte unter Aufhebung aller entgegenstehenden Sondervorschriften in gleichförmiger Weise [19]). Im Falle böslicher Verlassung und unbekannten [20]) Aufenthalts des betreffenden Ehetheils ist eine öffentliche [21]) Aufforderung zur Rückkehr vom Einzelnrichter zu erlassen, wenn solche vom anderen Theile beantragt wird. Eine bestimmte Form ist für den Antrag nicht vorgeschrieben. Die öffentliche Aufforderung zur Rückkehr darf erst ergehen, nachdem vom Zeitpuncte der Entfernung sechs Monate verstrichen sind. Das Ehegericht darf die Klage auf Scheidung wegen böslicher Verlassung erst zulassen, nachdem vom Datum des Blattes, in welchem die Aufforderung zuerst erfolgte, weitere sechs Monate, m. a. W. wenn vom Tage der böslichen Verlassung mindestens zwölf Monate abgelaufen sind [22]). Der Scheidungsklage müssen die bezüglichen Belege, öffentlichen Blätter ꝛc. beigegeben sein. Die Klage ist abzuweisen, wenn sich in dieser Richtung ein Mangel sofort oder späterhin ergibt. Die Aufforderung ist nicht vom betreibenden Theil, sondern vom Einzelnrichter selbst bekannt zu machen. Ist der Zeitpunct der Entfernung des Abwesenden nicht notorisch, so hat sich der Einzelnrichter hierüber Zeugnisse der Ortspolizeibehörde vorlegen zu lassen. Die Ausschreibung ist in ein oder mehrere vom Einzelnrichter gewählte Blätter zu inseriren. Diese Vorschriften finden selbst Anwendung, wenn das einschlägige Eherecht eine Aufforderung nicht vorschreibt. Enthält das bezügliche Eherecht zwar eine solche Bestimmung, jedoch abweichenden Inhalts, sei es daß noch weitere Aufforderungen, oder die Erfüllung sonstiger Förmlichkeiten vorgeschrieben oder andere Fristen festgesetzt werden, so sind diese nicht mehr anwendbar [23]).

18) Abg. Prot. II, 595—596.
19) Abg. Ref. II, 447.
20) Ist der Aufenthalt des Beklagten bekannt, so greift auch in Desertionsfällen eine öffentliche Aufforderung zur Rückkehr nicht, sondern nur ein gewöhnlicher Rückkehrbefehl nach Artikel 657 der Pr. O. Platz. Abg. Prot. II, 396.
21) Hiedurch unterschieden von dem Falle des Artikel 657.
22) Artikel 658 Absatz 1 Pr. O.
23) Artikel 658 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 403.

2) Vorläufige Prüfung der Klage.

Die Klage ist vor der Zustellung dem Ehegericht mittels einfacher Vorstellung [24]) zur vorläufigen Prüfung und Beschlußfassung zu übergeben [25]). Es liegt hierin eine Abweichung vom System, das Klagsabweisungen a limine nicht kennt. Das Gesetz bezweckt, die sofortige Abschneidung von Klagen zu ermöglichen, deren Durchführung die gegenseitige Entfremdung und Verbitterung der Ehegatten fruchtlos vermehrt, weil eine offenbar unbegründete oder bei dem unzuständigen [26]) Gericht erhobene Klage auch nach Verhandlung der Sache abgewiesen werden müßte. Die bisherigen Erfahrungen der Praxis sprechen für eine Vorprüfung, namentlich bei Klagen, welche nicht sowohl auf eine bestimmte einzelne Thatsache gegründet werden, als auf Schlußfolgerungen aus einer zusammenhängenden Kette von Vorkommnissen z. B. für die Unmöglichkeit, Gefährlichkeit weiteren Zusammenlebens, für unüberwindliche Abneigung oder aus den Umständen z. B. in Desertionsfällen [27]).

Das Gericht verfährt wie bei Erledigung sonstiger einfacher Vorstellungen, beschließt also insbesondere ohne Gehör des Beklagten [28]). Seine Prüfung erstreckt sich auf die Zuständigkeit und auf die Erheblichkeit der geltend gemachten Thatsachen, die Wahrheit der letzteren vorausgesetzt [29]). In dieser Beziehung ist das Augenmerk darauf zu richten, ob die Klagsbehauptungen zur Begründung einer Scheidung an sich geeignet und auch der Zahl nach ꝛc. hinreichend sind.

Der Beschluß bleibt auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt [30]). Der klägerische Anwalt erhält auf Anmelden Ausfertigung zum Zweck der späteren Klagszustellung (Artikel 665 Pr. O.).

Wird die Klage zugelassen, so bildet der bezügliche Beschluß eine proceßleitende Verfügung. Sein Zweck ist die Zulassung der Klage zur Verhandlung. Er präjudicirt weder der endlichen Entscheidung, noch hindert er den Beklagten, der bisher nicht gehört ist, Proceß- und materielle Einreden jeder Art vorzubringen. Ein Rechtsmittel ist hiegegen nicht statthaft [31]).

Wird die Klage sofort abgewiesen, so ist hiegegen das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig [32]), da es sich um die Anfechtung einer in geheimer Sitzung erlassenen Verfügung handelt [33]).

3) Sühneversuch.

24) Hauptstück XXV Pr. O.
25) Artikel 656 Absatz 1 Pr. O.
26) Das unzuständige Gericht kann auch durch Prorogation nicht zuständig werden. Artikel 38 Ziffer 1 Pr. O.
27) Abg. Ref. II, 443, 444; Abg. Prot. II, 387, 388.
28) Abg. Prot. II, 387.
29) Auf den Beweis erstreckt sich die Vorprüfung nicht.
30) Artikel 656 Absatz 2 und 3 Pr. O.
31) Vgl. Artikel 682 und 683 mit Artikel 738 Pr. O. und Abg. Ref. II, 444.
32) Artikel 738 Pr. O.
33) Abg. Prot. II, 387—388; IV, 120.

In Ehescheidungssachen ist nach Zulassung der Klage jedoch **vor Zustellung derselben**[34]) der Sühneversuch vorzunehmen[35]).

Dies geschieht **durch den Vorstand des Ehegerichts** oder ein von ihm beauftragtes Gerichtsmitglied; der Vorstand des Ehegerichts ist aber auch befugt, den Vorstand des Bezirksgerichts, in dessen Sprengel die Eheleute wohnen, um die Vornahme zu ersuchen und dieser kann statt seiner ein Mitglied des Bezirksgerichts — im Falle der Krankheit oder sonstiger unabwendbarer Verhinderung eines der Ehetheile auch das betreffende Einzelngericht — damit beauftragen[36]). Von seiner Committirungsbefugniß soll der Vorstand des Ehegerichts den den Verhältnissen angemessenen Gebrauch machen. Da der Sühneversuch vor der Klagszustellung stattfindet, bleibt möglich, daß der Gerichtsvorstand, welcher den Vergleichsversuch vorgenommen hat, nicht immer an der späteren Verhandlung und Aburtheilung Theil nimmt. Dies ist thunlichst zu vermeiden[37]). Uebrigens ist das Proceßgericht berechtigt, in jeder Lage der Sache einen weiteren Sühneversuch vor versammeltem Gerichte anzuordnen[38]).

Die **Tagfahrt** wird von dem mit dem Sühneversuch befaßten Richter auf klägerisches, schriftliches oder mündliches Betreiben oder von Amtswegen, allenfalls unter Festsetzung einer angemessenen Ladungsfrist bestimmt[39]). Behufs der[40]) Ladung des Beklagten wird die Verfügung dem Kläger oder seinem Anwalt ausgehändigt. Sie ist mit der Ladung zuzustellen oder in derselben bekannt zu geben. Die Ladung muß jedenfalls den Zweck der Tagfahrt entnehmen lassen.

Die Parteien haben bei dem Sühneversuch **in Person und ohne Beistand** zu erscheinen[41]).

Der mit dem Sühneversuch befaßte Richter muß auf Antrag des Beklagten und kann auch von Amtswegen einen der Religion der Streitstheile angehörigen Seelsorger, bei gemischten Ehen einen solchen von jeder der beiden Religionsparteien, dazu beiziehen[42]). Der Antrag ist noch beim Sühneversuch zulässig. Wird er erst hier gestellt, so ist die Tagfahrt zu verlegen. Die Parteien brauchen nicht neuerdings geladen zu werden.

**Erscheint kein Theil**, so gilt die Tagfahrt als circumducirt. In jedem anderen Falle ist förmliches Protokoll mit der betreffenden Constatirung zu errichten.

**Erscheint der richtig vorgeladene**[43]) **Beklagte nicht,**

34) Weil ein Erfolg um so eher zu erwarten, je weniger Schritte in der Sache bereits geschehen und die Erbitterung der Parteien genährt haben. Abg. Ref. II, 444.
35) Artikel 660 Absatz 1 Pr. O.
36) Artikel 660 Absatz 2 Pr. O.
37) Abg. Prot. II, 391.
38) Abg. Prot. II, 389; Abg. Ref. II, 444 und Artikel 221 Pr. O.
39) Artikel 660 Absatz 3 Pr. O.
40) Dem Kläger obliegenden. Artikel 662 Pr. O.
41) Artikel 660 Absatz 4 Pr. O.
42) Artikel 661 Pr. O.
43) Die Einhaltung einer Ladungsfrist (Artikel 225, 209) ist nicht vorgeschrieben, doch räthlich. Wäre dem Beklagten die nach richterlichem Ermessen zum Erscheinen ab-

so ist die Sühne als mißlungen zu betrachten, der Beklagte aber durch das Ehegericht an Geld bis zu fünfzig Gulden zu bestrafen[44]). Eine wiederholte Vorladung zum Sühneversuch findet nicht statt[45]).

Erscheint der Kläger nicht oder hat er die Vorladung des Beklagten unterlassen oder nicht rite besorgt[46]), so kann er innerhalb dreißig Tagen von der vereitelten Tagfahrt gerechnet bei dem mit dem Sühneversuch befaßten Richter die Festsetzung einer neuen Tagfahrt nachsuchen. Nach Ablauf dieser Frist sowie, wenn der Kläger die neuerliche Tagfahrt abermals vereitelt, gilt die Klage als nicht angebracht. Doch kann sie auch ohne inhaltliche Aenderung von Neuem erhoben werden[47]).

Erscheint der Beklagte auf eine zweite (richtige) Ladung nicht, so findet Artikel 662 Anwendung.

Das Verfahren beim Sühneversuch ist in allen Fällen geheim.

Ist der Aufenthalt des Beklagten im Auslande oder unbekannt, so unterbleibt der Sühneversuch[48]). Auch kann das Gericht in anderen Fällen auf das mittels einfacher Vorstellung anzubringende Gesuch des einen oder anderen Theils bei oder nach Zulassung der Klage den Sühneversuch für entbehrlich erklären, wenn diesem schwer zu beseitigende und von dem Kläger nicht verschuldete Hindernisse entgegenstehen[49]), z. B. große Entfernung der Parteien oder einer derselben von dem Orte, wo der Sühneversuch stattzufinden hat, Krankheit einer Partei[50]).

4) Klagezustellung.

Die allgemeinen Vorschriften über die Klagezustellung sind für den Ehescheidungsproceß mehrfach modificirt. Vor Allem hat dieselbe

a) die gesetzlichen Wirkungen einer solchen nur dann, wenn damit die Zustellung des Beschlusses über die Klagszulassung und des Protokolls über den fehlgeschlagenen Sühneversuch verbunden ist. Wurde von letzterem abgesehen (Artikel 664), so ist der betreffende Beschluß in der Klageschrift wenigstens anzuführen[51]). Verstöße gegen diese Vorschriften machen den Zustellungsact nichtig. Die Klage ist von Amtswegen abzuweisen, allenfalls nach sofortiger Verhandlung in der Hinterlegungstagfahrt[52]). Will die Klage wieder erhoben werden, so muß deren Zustellung, wenn sie die gesetzlichen Wirkungen haben soll, vollständig und legal wiederholt werden[53]).

---

solut nöthige Zeit nicht gelassen worden, so ist auf Ausbleiben desselben neuerliche Vorladung anzuordnen, allenfalls mit richterlich bestimmter Ladungsfrist.

44) Artikel 662 Pr. O.

45) Abg. Prot. II, 389; Abg. Ref. II, 444.

46) Erscheinen trotz solcher Mängel beide Parteien, so ist der Sühneversuch vorzunehmen.

47) Artikel 663 Pr. O.

48) Artikel 664 Absatz 1 Pr. O.

49) Artikel 664 Absatz 2 Pr. O.

50) Abg. Prot. II, 395. Wahnsinn ist nach preuß. Ldrecht (Thl. II Tit. 1 §. 698) ein Scheidungsgrund.

51) Artikel 665 Pr. O.

52) Artikel 241 Absatz 7 Pr. O.

53) Abg. Prot. II, 404.

b) Wird die Scheidungsklage als unbegründet abgewiesen, so kann eine neue Klage auf Thatsachen, welche der Kläger im früheren Proceß geltend zu machen im Stande war, nicht gestützt werden, wenigstens soferne diese allein den Klagsgrund bilden sollen [54]). Unbedingt zulässig sind im neuen Scheidungsproceß nur solche Thatsachen, welche erst nach rechtskräftiger Aburtheilung der früheren Klage entstanden sind, mögen sie im Uebrigen den bereits abgeurtheilten nach Qualität und Art gleich sein oder nicht [55]). Diese Regel gilt nicht blos, wenn die sich folgenden beiden Klagen derselben Kategorie angehören z. B. beide auf Scheidung oder beide auf Trennung von Tisch und Bett gerichtet sind, sondern auch wenn die Eine den erst-, die Andere den letztbezeichneten Zweck verfolgt. Es macht ferner keinen Unterschied, ob die bereits vor Beendigung des früheren Processes existent gewordenen Thatsachen dies schon vor der ersten Klagserhebung waren oder im Laufe des Processes entstanden oder bekannt wurden.

Sollen früher entstandene Thatsachen im neuen Streit nicht als selbständige Klagsgründe, sondern nur zur Unterstützung anderer neuer Klagsgründe (pro colorando) dienen, so ist ihre Geltendmachung unbehindert, gleichviel ob sie im früheren Proceß zur Sprache kamen oder nicht.

Hieraus ergibt sich abweichend von den allgemeinen Bestimmungen über Klagsänderung die Consequenz, daß der Kläger befugt ist, bis zum Endurtheile der letzten ordentlichen Instanz noch andere Scheidungsgründe geltend zu machen, als er in der Klage angeführt hat [56]).

c) Das unter Littera b Gesagte findet entsprechende Anwendung auf die Widerklage, falls der Beklagte mit einer solchen wirklich auftrat [57]). Hat er aber dieses unterlassen, obschon er dazu in der Lage war, so kann er späterhin selbständige Klage sowohl auf Grund neuer als älterer Thatsachen erheben [58]).

Die Erhebung einer Widerklage gegenüber einer Scheidungsklage ist übrigens an sich nur zulässig, wenn jene gleichfalls auf Scheidung oder Trennung von Tisch und Bett gerichtet ist [59]). Will der auf Ehetrennung Belangte die Ungiltigkeit oder Nichtigkeit der Ehe behaupten, so muß er hierwegen selbständige Klage erheben, welche zur ersteren im Präjudicialverhältnisse steht. Auch die Bestimmungen über die Zuständigkeit werden von den Vorschriften über die Widerklage nicht berührt. Dies ist wichtig bei gemischten Ehen, indem auch wenn Klage und Widerklage auf Ehetrennung gerichtet sind, die Widerklage vor dem Gericht der Hauptklage unzulässig ist, weil diesem die Jurisdiction in Ansehung des Widerbeklagten fehlt [60]).

54) Artikel 673 Absatz 1 Pr. O.
55) Abg. Prot. II, 395.
56) Artikel 666 Absatz 1 Pr. O.
57) Artikel 673 Absatz 2 Pr. O.
58) Abg. Prot. II, 395.
59) Artikel 31 Absatz 1, Artikel 676 Absatz 2 Pr. O. Abg. Ref. II, 446; Abg. Prot. II, 392.
60) Abg. Prot. II, 392.

d) Die Klage kann vor ihrer Zustellung ohne alles Präjudiz zurückgenommen werden.

Ist der Proceß durch rechtskräftiges Urtheil erledigt, so ist die Zurücknahme der Klage nicht mehr statthaft.

In der Zwischenzeit von der Klagszustellung bis zum Eintritte der Rechtskraft des Urtheils kann die Klage zwar zurückgenommen werden. Aber die Zurücknahme hat, gleichviel ob sie vor oder nach der Verhandlung erfolgt, die gleiche Wirkung wie eine Abweisung in der Hauptsache[61]). Verzicht auf das Scheidungsrecht[62]). Eine Zurücknahme der Klage mit Vorbehalt des Klagerechts ist unstatthaft.

Auf die Widerklage finden diese Grundsätze entsprechende Anwendung[63]).

Hat der Kläger oder Widerkläger von mehreren Klagspetiten nur das eine oder andere zurückgezogen, so gelten, insoweit dies geschah, die ebenerwähnten Bestimmungen. Sind auf diesen Theil der Klage oder Widerklage besondere Kosten erwachsen, so treffen dieselben die Partei, welche das Petitum gestellt und wieder zurückgezogen hat[64]).

Schließlich ist zu bemerken, daß weder in Ansehung einer Widerklage noch rücksichtlich der etwa während des Processes erst geltend gemachten neuen Klagsgründe ein vorläufiger Gerichtsbeschluß auf ihre Zulassung erfordert wird, ebensowenig ein Sühneversuch[65]).

III. Beweis.

An Aufrechthaltung der Ehe ist das öffentliche Interesse betheiligt. Den Parteien kann daher im Eheproceß nicht jene volle Freiheit der Disposition zustehen, wie in gewöhnlichen Processen. Das Gesetz legt vielmehr den Parteien mit Rücksicht hierauf und auf die Möglichkeit eines zwischen ihnen bestehenden, die Trennung der Ehe bezielenden Einverständnisses gewisse Beschränkungen auf[66]).

1) Thatsachen, welche von der Gegenpartei in einer Urkunde oder bei der Verhandlung zugestanden worden oder nach gesetzlicher Vorschrift als zugestanden zu betrachten sind[67]), darf das Gericht, wenn die Erhaltung der Ehe dadurch gefährdet ist, nur soweit für richtig annehmen, als es durch das Ergebniß der Verhandlung die Ueberzeugung von der Richtigkeit derselben gewonnen hat[68]).

Wird der Bestand der Ehe durch die zugestandenen Thatsachen nicht gefährdet, so ist dieses Geständniß wie jedes andere zu beurtheilen[69]).

2) Die böslische Verlassung ist, auch wenn der Beklagte den ge-

61) Artikel 671 Pr. O.
62) Nicht bloser Proceßabstand nach Artikel 496 Pr. O.
63) Abg. Prot. II, 395.
64) Abg. Prot. II, 405.
65) Artikel 666 Absatz 3 Pr. O.
66) Abg. Ref. II, 445 und 446.
67) Versäumungsurtheil. Vgl. Abg. Ref. II, 447.
68) Artikel 667, vgl. Artikel 324 Absatz 2 Pr. O.
69) Abg. Prot. II, 390, 404.

richtlichen Rückkehrbefehl nicht befolgt oder der öffentlichen Aufforderung nicht entsprochen und auf die Zustellung der Klage [70]) einen Anwalt nicht bestellt hat, doch nur insoferne als erwiesen anzunehmen, als sich das Ehegericht aus den sonstigen, den Ungehorsam des Beklagten begleitenden Umständen des Falles von ihrem Vorhandensein überzeugt. Dabei kann das Gericht, wenn die Aufforderung erfolglos geblieben ist, vor Erlassung des Urtheils dem klagenden Theile zu beschwören aufgeben, daß ihm über den Aufenthalt des Beklagten nichts oder nichts weiteres, als er angegeben hat, bekannt sei [71]).

3) Beim Beweise durch den Eid ist zwischen dem freiwilligen Haupteid und dem gerichtlich auferlegten Eid zu unterscheiden. Was zunächst

a) den Haupteid betrifft, so gelten hinsichtlich der Zuschiebung und Zurückschiebung die gewöhnlichen Vorschriften.

Bei Leistung des zu- oder zurückgeschobenen Haupteides ist gleichfalls nach den gewöhnlichen Bestimmungen die gesetzliche Folge der Eidesleistung auszusprechen.

Wird der zugeschobene oder zurückgeschobene Haupteid verweigert, so hat diese Weigerung die volle gesetzliche Wirkung, wenn aus dem hienach zu fingirenden Beweis sich die Aufrechthaltung der Ehe ergibt. Andernfalls d. h. wenn in Folge solcher Fiction der factische Klagegrund als erwiesen anzunehmen wäre, macht die Eidesweigerung für sich allein nicht vollen Beweis, vielmehr gelten die Bestimmungen des Artikel 667.

Die Erlassung des zugeschobenen Haupteides ist statthaft. Denn die Folge hievon kann niemals die Gefährdung der Ehe sein. Dies ist für sich klar, wenn der erlassene Eid über die Nichtexistenz eines Klagegrundes zugeschoben war. Ist bei schon erwiesenem Klaggrund z. B. des Ehebruchs über die Nichtexistenz einer Einredethatsache z. B. der Verzeihung dem Kläger der Eid zugeschoben und später erlassen worden: so besteht die Folge hievon allerdings darin, daß die Einrede, welche die Ehe aufrecht erhalten hätte, als unerwiesen hinwegfällt. Allein der Bestand der Ehe wird nicht erst hiedurch, er ist schon durch den Beweis des Ehebruchs gefährdet. Ein Zwang zur Aufrechthaltung der Ehe auch in solchen Fällen wäre überdies deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Beklagte die betreffende Einrede gar nicht vorzubringen brauchte, sie jedenfalls in jeder Lage des Processes fallen lassen konnte, wonach es auf deren Beweis nicht mehr ankommen würde.

Die Erlassung eines zurückgeschobenen Eides ist unstatthaft, wenn es sich um einen Beweis handelt, durch welchen der Antrag auf Scheidung begründet werden soll [72]). In solchem Fall könnten nämlich die Parteien dahin colludiren, daß schließlich das Vorhandensein eines Ehescheidungsgrundes als er-

70) Die selbstverständlich nach den einschlägigen allgemeinen Bestimmungen (Hauptstück V Pr. O.) zu erfolgen hat. Abg. Ref. II, 447.
71) Artikel 668 Pr. O.
72) Artikel 669 Pr. O.

wiesen angenommen werden müßte. In anderen Fällen ist die Erlassung eines zurückgeschobenen Eides statthaft.

b) Hinsichtlich der gesetzlichen Vorbedingungen für Auferlegung des Erfüllungseides gilt im Ehescheidungsproceß nichts Besonderes. Die facultative Fassung des Artikel 469 ermöglicht auch im Ehescheidungsproceß zum Erfüllungseid nur dann zu greifen, wenn darin unter Berücksichtigung aller sachlichen und persönlichen Verhältnisse der Streittheile ein geeignetes Mittel erkannt werden kann, die volle Wahrheit herzustellen.

Die Folgen der Ableistung oder Verweigerung des gerichtlich auferlegten Eides sind gleichfalls die gewöhnlichen, da hiebei Trennung der Ehe durch Parteicollusion nicht in Frage kommen kann.

Die Erlassung des gerichtlich auferlegten Eides ist statthaft und mit voller gesetzlicher Wirkung bekleidet, wenn der Erfüllungseid zur Ergänzung des Exceptionsbeweises d. h. als Vorbedingung für die Abweisung der Klage auferlegt wurde. Dagegen ist die Erlassung des Erfüllungseides unzuläßig, wenn derselbe zur Ergänzung des Klagebeweises auferlegt ward [73]).

IV. Mitwirkung des Staatsanwalts [74]).

Die Betheiligung des öffentlichen Interesse an Aufrechthaltung der Ehe rechtfertigt eine weiter gehende Mitwirkung des Staatsanwalts bei Ehetrennungsstreitigkeiten, als ihm die allgemeine Bestimmung des Artikel 160 einräumt. Handeln namentlich die formell als Proceßgegner erscheinenden Gatten im Einverständniß, weil sie von der gemeinschaftlichen Absicht der Ehetrennung geleitet sind: so ist der Staatsanwalt vorzüglich berufen, alle hiegegen sprechenden thatsächlichen und rechtlichen Momente zu der ihnen gebührenden Geltung zu bringen [75]).

Demgemäß hat der Staatsanwalt vor jeder Entscheidung, welche in Ehescheidungssachen auf einfache Vorstellung oder Beschwerde erfolgt, sowie bei jeder Verhandlung seine Ansicht über die zu treffende Entscheidung oder das zu erlassende Urtheil vorzutragen. Unterläßt er diese Erklärung gänzlich, so ist die Entscheidung nichtig [76]).

Der Staatsanwalt ist insbesondere zum Zweck der Aufrechthaltung der Ehe befugt:

1) Thatsachen geltend zu machen, welche von den Parteien nicht angeführt sind;
2) Beweise anzubieten und zu führen und zwar nicht blos in Bezug auf die von ihm selbst geltend gemachten, sondern auch über Thatsachen, die nur von den Parteien angeführt sind [77]). Von Amtswegen dürfen allerdings auch im Scheidungsproceß Beweise nicht auferlegt werden. Wohl aber ist der Staatsanwalt gleich den Parteien zum Beweise zuzulassen [78]).
3) Er kann, auch wenn er die Beweisführung nicht übernommen hat,

73) Artikel 669 Pr. O. Vgl. Abg. Ref. II, 445; Abg. Prot. II, 390.
74) Vgl. im Allg. §. 29 Ziffer II.
75) Abg. Ref. II, 444.
76) Artikel 218 Absatz 2 Pr. O.
77) Abg. Prot. II, 389.
78) Abg. Prot. II, 390.

jeder Beweisaufnahme beiwohnen [79]), gleichviel, welche Art von Beweismitteln erhoben werden soll und ob die Beweiserhebung vor dem Proceßgericht oder einem committirten Gericht oder Richter stattfindet [80]).

Zu diesem Behuf hat der Staatsanwalt das Recht und die Pflicht, sich durch Einziehung von Informationen u. s. w. in den Stand zu setzen, seiner Obliegenheit zu genügen. Der Desertionsproceß wird ihm ein vorzügliches Feld der Thätigkeit bieten.

Allerdings sind ihm, solange er nicht als selbstbeweisführende Partei aufgetreten ist, im Allgemeinen Zustellungen nicht zu machen, Urkunden und Acten nicht mitzutheilen. Ist er aber unvorbereitet, so kann er Vertagung der Verhandlung begehren. Dies wird vermieden, wenn ihm der Vorsitzende die Einsicht der hinterlegten Anträge rechtzeitig gestattet. Die Anträge des Staatsanwalts brauchen im erwähnten Falle nicht speciell in den Sachverhalt aufgenommen zu werden; doch ist ihm das Beweisurtheil und die Ladung zur Beweisaufnahme rechtzeitig zuzustellen (Artikel 338), da er jenen Gegenbeweis führen kann, welcher jeder Partei kraft Gesetzes zusteht.

Ist aber der Staatsanwalt auf bezügliches Anerbieten zur selbständigen Beweis- oder Gegenbeweisführung zuzulassen: so sind seine Anträge in den Sachverhalt aufzunehmen. Ihm ist Sachverhalt und Beweisurtheil zuzustellen, derselbe überhaupt gleich einer gewöhnlichen Partei zu behandeln.

Das Recht zur Einlegung von Rechtsmitteln steht dem Staatsanwalte nicht zu [81]).

V. Aussetzung des Verfahrens.

Mit nahezu frivoler Leichtigkeit gestattet die ältere Gesetzgebung in einem großen Theile des Königreichs die Ehetrennung. Das preuß. Landrecht erlaubt die Ehetrennung, wenn „Abneigung" vorliegt, oder ein Gatte „unordentlich wirthschaftet" oder „scheinbaren Anlaß zum Verdachte eines unerlaubten Umgangs gibt," oder wenn zwischen Ehegatten mittleren und höheren Standes auch nur mündliche Beleidigungen wiederholt vorkommen [82]). Aehnliches findet sich im gemeinen protestantischen Kirchenrechte und in einzelnen Particularrechten.

Als Correctiv hiegegen und um die Streittheile gegen Uebereilung zu schützen, ihnen insbesondere Zeit zur Besinnung und Wiedervereinigung zu bieten, fügt die Pr. O. zu jenen allgemeinen Gründen, aus welchen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet werden kann, für den Ehescheidungsproceß einen besonderen hinzu [83]).

Ist nämlich die Ehescheidung nicht auf Grund eines Ehebruchs be-

79) Artikel 672 Absatz 1 Pr. O.
80) Abg. Prot. II, 392.
81) Artikel 672 Absatz 2 Pr. O. Dies versteht sich aus dem Zusammenhalte der Artikel 159 und 679 eigentlich von selbst. Es wurde ausdrücklich nur ausgesprochen, um jedem Zweifel vorzubeugen. Abg. Ref. II, 446; Abg. Prot. II, 394.
82) Theil I, Tit. 1 §§. 674—676, 701 und 702, 708—710, 718.
83) Die Aussetzung des Verfahrens aus anderen Gründen z. B. nach Artikel 191 bleibt neben jener auf Grund des Artikel 670 zuläßig. Arg. verbis „auf Grund vorstehender Bestimmung."

gehrt und hält das Gericht eine Wiederaussöhnung der Parteien nach den Persönlichkeiten und Umständen des Falles, wenn nicht für absolut wahrscheinlich, doch auch nicht für gerade unwahrscheinlich: so kann es die Aussetzung des Verfahrens für bestimmte Zeit nicht blos auf Antrag, sondern von Amtswegen, letzternfalls selbst gegen den Willen beider Parteien und dann noch anordnen, wenn ein gesetzlicher Scheidungsgrund bereits erwiesen vorliegt.

Diese Anordnung kann in jeder Lage der Sache, auch im zweiten Rechtszug, aber nur gelegentlich einer Verhandlung getroffen werden, da sie durch Urtheil ausgesprochen werden muß. Ob die Verhandlung die Hauptsache oder Nebenpuncte betrifft, ist gleichgiltig.

Sie darf übrigens auf Grund des Artikel 670 im Laufe des ganzen Processes nur einmal getroffen, also in zweiter Instanz nicht wiederholt werden, wenn sie schon in erster Instanz stattfand. Sie kann ferner nicht auf länger als sechs Monate getroffen werden[84]).

Eine mehrmonatliche Dauer wird sich stets empfehlen. Von der Maßregel, vom Falle des Ehebruchs abgesehen bei allen Scheidungsgründen statthaft, wird bei laxen Trennungsgründen in der Regel Gebrauch zu machen sein; bei schwereren steht zu richterlichem Ermessen, ob sie nicht in Betracht der Parteipersönlichkeiten als moralische Tortur zu unterlassen sei.

Ist die Aussetzung angeordnet, so ruht der Proceß bis zum Weiterbetrieb durch die Parteien oder eine derselben. Vor Ablauf der festgesetzten Zeit darf, nach demselben muß der Fortbetrieb nicht stattfinden. Wird er unterlassen, so knüpft sich daran kein anderer Nachtheil, als unter gegebenen Voraussetzungen der Eintritt der Proceßverjährung nach den allgemeinen civilrechtlichen Vorschriften.

Auf die etwa nach Artikel 659 (§. 415) verfügte provisorische Separation der Gatten hat die Aussetzung des Verfahrens keinen Einfluß; ebensowenig auf die Entscheidung über provisorische Alimentation u. s. w. Dergleichen Maßregeln dauern fort, vorbehaltlich des Rechtes der Parteien, sie mit gegenseitiger Einwilligung außer Anwendung zu setzen.

Gegen das die Aussetzung des Verfahrens verfügende Urtheil ist Berufung nicht zuläßig[85]). Von Beschwerde kann ohnehin keine Rede sein, da ein Urtheil in Frage ist[86]).

## §. 414[1]).

Das preuß. Landrecht unterscheidet zwischen ungiltigen und nichtigen Ehen. Ehen, welche durch Beseitigung der ihnen anfänglich entge-

84) Artikel 670 Pr. O.
85) Arg. Artikel 683 Ziffer 3 Pr. O.
86) Vgl. Abg. Ref. II, 446; Abg. Prot. II, 392–394; R. Prot. II, 291—298.
1) Quellen zu Artikel 676 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 447—448, 451.
Abg. Prot. II, 396—397, 405—406, 409.
R. Ref. I, 32, 115—116.
R. Prot. II, 298.
Quellen zu Artikel 677 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 448, 451.

genstehenden Hindernisse convalesciren, sind ungiltig [2]). Ehen, welche verbietenden Gesetzen zuwider geschlossen wurden und darum niemals zu Recht bestehen können, sind nichtig [3]). Keines der übrigen in Bayern geltenden Eherechte macht eine solche Unterscheidung ausdrücklich [4]). Dem Wesen nach ist der Fall der Eheungiltigkeit des preuß. Rechts aber auch in anderen Rechten vorgesehen, nur der Name fehlt. Er wird unter den Ehenichtigkeitsfällen mit inbegriffen [5]).

I. Die Bestimmungen der Artikel 659, 666, 667, 669—673 sind auch für die Klagen maßgebend, mittels deren beantragt wird, eine Ehe auf Grund des allgemeinen preuß. Landrechts oder einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung [6]) für ungiltig zu erklären [7]) vorausgesetzt, daß das betreffende Recht die Unterscheidung zwischen nichtigen und ungiltigen Ehen wenigstens der Sache nach macht.

Eine Widerklage ist in diesem Falle nur insofern zuläßig, als sie gleichfalls darauf gerichtet ist, die Ehe für ungiltig zu erklären [8]). Widerklagen auf Trennung von Tisch und Bett, Scheidung oder Nichtigkeit sind unzuläßig.

Das Verfahren auf Eheungiltigkeitsklagen ist also dasselbe wie im Ehescheidungsproceß; nur finden die Bestimmungen über vorläufige Klags-

---

Abg. Prot. II, 397, 406, 409.
R. Ref. I, 32, 115—116.
R. Prot. II, 298.

Quellen zu Artikel 678 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 448—449, 451, 452.
Abg. Prot. II, 397, 406, 409.
R. Ref. I, 32, 115—116.
R. Prot. II, 298.

Quellen zu Artikel 679 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 448—449, 452.
Abg. Prot. II, 397, 406, 409.
R. Ref. I, 32, 115—116.
R. Prot. II, 298.

Quellen zu Artikel 680 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 448—449, 452.
Abg. Prot. II, 397, 406, 409.
R. Ref. I, 32, 115—116.
R. Prot. II, 298.

Quellen zu Artikel 681 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 448—449, 452.
Abg. Prot. II, 397, 406, 409.
R. Ref. I, 32, 115—116.
R. Prot. II, 298.

2) Preuß. Landr. Thl. II Tit. 1 §§. 934, 968—1000.
3) Preuß. Landr. Thl. II Tit. 1 §§. 933, 935—967.
4) Abg. Ref. II, 447—448.
5) Abg. Prot. II, 396—397.
6) scil. des gemeinen Rechts oder eines Particularrechts.
7) Artikel 676 Absatz 1 Pr. O.
8) Artikel 676 Absatz 2 Pr. O.

zulassung [9]), Rückkehr und Besserungsbefehle [10]), endlich den besonderen Sühneversuch [11]) keine Anwendung.

II. Ehenichtigkeitsproceß.

Die Bestimmungen der Pr. O. über den Proceß bei Klagen auf Nichtigkeit der Ehe präjudiciren theilweise dem diesrheinischen Civilrecht.

1) Klage.

Ueber die Nichtigkeit einer Ehe darf, solange beide Eheleute leben, nur verhandelt und entschieden werden, wenn mittels einer besonderen Klage beantragt wird, die Ehe für nichtig zu erklären [12]). Selbstverständlich ist nur von jenen Fällen die Rede, in welchen eine Reconvalescirung der Nichtigkeit gesetzlich ausgeschlossen ist. Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, daß der Rechtsbestand einer Ehe bei Lebzeiten der Gatten ohne förmliche, hierauf ausdrücklich gerichtete Klage lediglich exceptionsweise oder incidenter bei Gelegenheit eines anderen Rechtsstreits angefochten werde. Allerdings können dritte Personen ein rechtliches Interesse an der Annullirung einer Ehe haben; allein diesen räumt Artikel 678 der Pr. O. ein selbständiges Klagerecht ein [13]). Ist aber ein Ehegatte gestorben, so kann die Ehenichtigkeit in einem anderen Rechtsstreit vor dem für letzteren zuständigen Gericht im gewöhnlichen Verfahren geltend gemacht werden. Selbständige Klage auf Ehenichtigkeit im Sinne des Artikel 677 der Pr. O. ist nicht mehr zuläßig [14]).

Hinsichtlich der Befugniß zur Erhebung der Nichtigkeitsklage unterscheidet das Gesetz zwei Fälle.

Nach geltendem Eherecht können gewisse Nichtigkeiten nur von einem der Ehegatten accusirt werden. Es gehören hieher jene Klagen, welche auf sg. impedimenta privata fundirt sind und auf welche hin die Nichtigkeit der Ehe erst von dem Momente der Klagestellung als vorhanden zu betrachten ist. In solchen Fällen steht weder dem Staatsanwalt noch einem Dritten ein selbständiges Klagerecht zu.

Die übrigen Nichtigkeitsfälle sind solche, in welchen das öffentliche Interesse immer, u. U. auch das dritter Personen wesentlich betheiligt erscheint. Es ist für die Staatsgewalt nicht gleichgiltig, wenn eine eheliche Verbindung, die das Gesetz aus Gründen des öffentlichen Rechts verbietet, fortgesetzt wird und einen Gegenstand gemeinkundigen Scandals bildet. Da sie förmlich geschlossen, kann sie allerdings nicht ohne Weiteres durch Polizeigewalt, sondern erst nach richterlicher Nichtigkeitserklärung gelöst werden. Sind die Parteien nicht geneigt, einen solchen Richterspruch zu veranlassen, so ist es Sache der Staatsgewalt, dem Gesetze den Vollzug zu sichern. Ein Dritter kann in gewissen Fällen wenigstens z. B. bei Streitigkeiten über Erbrecht, Fideicommißfolge 2c., auch wenn ihm als Nächst-

---

9) Artikel 656, 665 Pr. O.
10) Artikel 657, 658, 668 Pr. O.
11) Artikel 660—664, 665 Pr. O.
12) Artikel 677 Pr. O.
13) Abg. Ref. II, 448.
14) Arg. Artikel 677 und 678. Abg. Prot. II, 406.

verwandten gegenüber die Kinder dieser Ehe intestaterbberechtigt wären, daran interessirt sein, daß eine Ehe annullirt werde [15]). Demgemäß bestimmt die Pr. O., daß die Nichtigkeitsklage in jenen Fällen, in welchen die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht gesetzlich von dem Willen der betheiligten Gatten allein abhängt, selbständig erhoben werden kann:

a) von einem der Eheleute,

b) von dem bei dem Ehegericht aufgestellten Staatsanwalt [16]),

c) von einem Dritten, welcher ein rechtliches Interesse daran hat, daß die Ehe für ungiltig erklärt werde [17]).

Der Staatsanwalt ist, abweichend von seiner Stellung im gewöhnlichen Proceß (Artikel 160) und im Scheidungsprocesse (Artikel 672) hiemit als partie principale erklärt und mit allen Rechten einer selbständigen Partei bekleidet, mit der Befugniß der Klags- und Antragstellung, der Erhebung von Rechtsmitteln u. s. w.

Wird die Nichtigkeitsklage von einem der Ehegatten erhoben, so kann sie nur gegen den anderen gerichtet werden [18]); wird sie von dem Staatsanwalte oder einem Dritten erhoben, so ist sie gegen beide Ehegatten zu richten [19]).

Ob eine Widerklage auf Eheungiltigkeit statthaft sei, möchte wegen des verschiedenen Verfahrens zu bezweifeln sein.

2) Verhandlung.

Der Staatsanwalt hat ohne Unterschied, ob die Nichtigkeitsklage von ihm erhoben ist oder nicht, bei allen gerichtlichen Verhandlungen wie im Ehescheidungsprocesse mitzuwirken. Er ist außerdem befugt, wie eine Partei den Proceß zu betreiben, sowie selbständig behufs Aufrechthaltung oder Vernichtung der Ehe Anträge zu stellen und gegen die ergehende Urtheile Rechtsmittel einzulegen, letzteres auch dann, wenn seinen Anträgen gemäß erkannt war [20]). Denn er vertritt nicht Privatrechte, sondern das öffentliche Interesse. Dieses kann nicht von der persönlichen Anschauung eines Einzelnen abhängig sein. Den Oberstaatsanwälten und in letzter Reihe dem Justizminister steht daher das Recht zu, einen Staatsanwalt wie im Strafverfahren unter allen Umständen zur Einlegung eines Rechtsmittels anzuweisen [21]).

Legt der Staatsanwalt, gleichviel ob von ihm die Klage erhoben war oder nicht [22]), ein Rechtsmittel ein, so ist dieses gegen beide Eheleute und gegen den etwa im Proceß befindlichen Dritten zu richten [23]), weil sämmtliche Betheiligte in die höhere Instanz zu ziehen sind, wenn das Urtheil gegen sie wirken soll. Ob der Staats-

15) Abg. Ref. II, 448; Abg. Prot. II, 397.
16) Einen Rechtsanwalt zu seiner Vertretung darf der Staatsanwalt nicht aufstellen. Wernz a. a. O. S. 591—592.
17) Artikel 678 Absatz 1 Pr. O.
18) Abg. Ref. II, 448.
19) Artikel 678 Absatz 2 Pr. O.
20) Artikel 679 Pr. O.
21) Abg. Prot. II, 397.
22) Abg. Prot. II, 406.
23) Artikel 680 Absatz 1 Pr. O.

anwalt wider die Intentionen aller Personen, gegen welche das Rechtsmittel zu richten ist, ankämpft oder mit Einzelnen derselben einverstanden ist, erscheint hiebei ohne Belang [24]).

Legt der Dritte ein Rechtsmittel ein, so hat er es gegen beide Eheleute zu richten [25]).

3) Beweis.

Die Bestimmungen der Artikel 667 und 669 gelten auch für die Klage, mittels welcher beantragt wird, eine Ehe für nichtig zu erklären [26]).

## §. 415 [1]).

Nebenstreitigkeiten, welche bei einem Eheproceß vorkommen, aber der ehegerichtlichen Zuständigkeit entzogen sind [2]), richten sich nach dem gewöhnlichen Verfahren.

Bezüglich der übrigen Nebenstreitigkeiten [3]) gibt das Gesetz besondere Vorschriften über das Verfahren nur für den Antrag auf provisorische Separation der Gatten während der Dauer des Eheprocesses.

I. Nach Zulassung einer Klage auf Ehescheidung [4]) oder Trennung von Tisch und Bett [5]), desgleichen vor wie nach Erhebung einer Klage auf Ungiltigkeit [6]) oder Nichtigkeit [7]) der Ehe [8]) kann das Ehegericht den einen Ehetheil auf seinen Antrag für befugt erklären, während der ganzen Dauer des Processes bis zum Eintritte der Rechtskraft des Endurtheils von dem Anderen getrennt zu leben [9]).

Von Amtswegen kann eine solche Verfügung nicht getroffen, aber von jedem Ehetheil, sei er Kläger oder Beklagter, Mann oder Frau [10]) begehrt werden. Allerdings ist die Gewährung des Antrags in das richterliche Ermessen gestellt. Doch soll die provisorische Separation nur bei offenbarer Frivolität verweigert werden. Namentlich wäre es hart, die Frau zur Fortsetzung des ehelichen Lebens während der Proceßdauer zu nöthigen.

II. In Ansehung des Verfahrens ist zu unterscheiden, ob der Antrag

---

24) Abg. Prot. II, 397.
25) Artikel 680 Absatz 2 Pr. O.
26) Artikel 681 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 659 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 447, 451; III, 63.
Abg. Prot. II, 396, 398—399, 403, 408, 454; IV, 120, 167.
R. Ref. I, 32, 115—116; II, 206.
R. Prot. II, 298; IV, 72.
2) §. 65 Ziffer II.
3) §. 65 Ziffer I.
4) Artikel 659 Pr. O.
5) Artikel 674 Pr. O.
6) Artikel 676 Pr. O.
7) Artikel 681 Pr. O.
8) Bei Processen auf Auflösung gemischter Ehen nach Artikel 2 der V.O. vom 28. Juli 1818 ꝛc. kann der Antrag auf provisorische Separation nicht mehr vorkommen, da ein rechtskräftiges Endurtheil auf Ehetrennung vorausgesetzt wird.
9) Artikel 659 Absatz 1 Pr. O.
10) Abg. Prot. II, 396.

gestellt wird, ehevor oder nachdem der Hauptproceß anhängig geworden ist.

1) Wird der Antrag vor Zustellung der Klage [11]) gestellt, so hat dies mittels einfacher Vorstellung zu geschehen. Das Gericht entscheidet hierüber in Gemäßheit des XXV. Hauptstücks der Pr. O. nach Vernehmung des Staatsanwalts [12]) in geheimer Sitzung. Eine Zustellung des Antrags an die Gegenpartei oder eine Vernehmung derselben ist nicht erforderlich.

Die Entscheidung bleibt auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt, dem Antragsteller aber wird auf Verlangen Ausfertigung ertheilt.

Wird dem Antrag entsprochen, so ist in der Entscheidung zugleich eine, nach allgemeinen Grundsätzen verlängerbare, Frist zu bestimmen, mit deren Ablauf die ertheilte Befugniß außer Kraft tritt, soferne die Zustellung der Klage bis dahin nicht erfolgt ist [13]). Gegen den Beschluß findet von Seite des andern Ehetheils weder Berufung statt, weil kein Urtheil in Frage ist, noch Beschwerde (Artikel 738) und ebendeshalb auch nicht Gegenvorstellung [14]). Aber allerdings wird demselben die Befugniß nicht abzusprechen sein, nach Zustellung der Klage eine Abänderung der verfügten Maßregel, sei es im Wege des Zwischenverfahrens (Artikel 483—486), sei es gelegentlich der Verhandlung in der Hauptsache zu beantragen. Materiell faßt nämlich die Pr. O. die Gestattung provisorischer Separation als eine Vorsichtsverfügung auf; nur in Ansehung der Zuständigkeit und des Verfahrens hält sie diese principiell richtige Anschauung nicht fest [15]).

Wird der mittels einfacher Vorstellung erhobene Antrag auf Gestattung provisorischer Separation abgewiesen, so ist hiegegen Beschwerde zuläßig [16]). Eine Wiederholung des abgewiesenen Antrags wird nur bei Aenderung der thatsächlichen Verhältnisse statthaft sein.

2) Will der Antrag erst nach Zustellung der Klage gestellt werden, so kann dies mittels Zwischenbegehrens (Artikel 483—486) geschehen, worüber eine Separatverhandlung stattfindet. Der Antrag kann auch gelegentlich der Verhandlung in der Hauptsache erhoben und mitverhandelt werden. Gegen das Urtheil ist, es mag stattgebend oder abweisend lauten, selbständige Berufung zuläßig [17]).

Eine Wiederholung des rechtskräftig abgewiesenen Antrags wird nur dann statthaft sein, wenn sich die thatsächlichen Verhältnisse geändert haben.

---

11) Bei Klagen auf Scheidung oder Trennung von Tisch und Bett ist der Antrag erst nach Zulassung der Klage statthaft; bei anderen Klagen besteht diese Beschränkung selbstverständlich nicht.

12) Artikel 672 Pr. O.

13) Artikel 659 Absatz 2 Pr. O.

14) Arg. Artikel 755 Pr. O.

15) Abg. Prot. II, 398—399. Vgl. auch Artikel 635 Pr. O. Gegen das Urtheil ist selbständige Berufung zuläßig.

16) Artikel 738 Ziffer 1 Pr. O.

17) Abg. Prot. II, 398—399.

## II. Hauptstück.

# Außerordentliche Verfahrensarten auf schriftlicher Grundlage.

# Der schriftliche Proceß.

## I. Capitel.

### Verfahren mittels bedingter Zahlungsbefehle.

#### §. 416 [1]).

Das Verfahren mittels bedingter Zahlungsbefehle (Mahnverfahren) war schon eine in der diesrheinischen Praxis beliebte Proceßart. Nach der neuen Proceß-Ordnung charakterisirt es sich als Versuch, eine förmliche Versäumungsprocedur in Fällen abzuschneiden, in welchen voraussichtlich der Anspruch des Gläubigers nicht bestritten wird. Es ist, das Gelingen des Versuchs vorausgesetzt, kürzer, minder kostspielig und für den Kläger deshalb bequem, weil ihm erspart ist, in der Sitzung zu erscheinen [2]).

I. Die Erlassung eines bedingten Zahlbefehls hängt von nachstehenden Voraussetzungen ab [3]).

1) Den Gegenstand desselben bilden nur persönliche Forderungen auf Geld oder vertretbare Sachen (res fungibiles), welche den Betrag oder Werth von 150 fl. in der Hauptsache ohne Einrechnung von Zinsen und Kosten nicht übersteigen.

Ausgeschlossen ist dieses Verfahren für dingliche Ansprüche, auch wenn sie bewegliche Sachen betreffen, ebenso für vertretbare Sachen, welche einen Geldanschlag von Seite des Gläubigers in bestimmter, fixer Ziffer nicht zulassen [4]).

Für die Zusammenfassung mehrerer Forderungen in einer Procedur sind die allgemeinen Grundsätze maßgebend. Vgl. §. 47 Artikel 3 Absatz 2, Artikel 6 und 178.

2) Die Forderung muß nach dem Vortrage des Gläubigers ihrem Gegenstande nach gewiß, fällig und unbestritten sein.

Bescheinigung ist nicht erforderlich. Als dem Gegenstande nach gewiß können Ansprüche nicht gelten, deren Fixirung in bestimmter Summe im richterlichen Ermessen steht.

---

1) Quellen zu Artikel 553 Pr. O.:
   Abg. Prot. II, 432-435, 435—436, 446, 455; IV, 111—112.
   R. Ref. I, 29—30, 105.
   R. Prot. II, 262—266.
2) Abg. Prot. II, 433—435.
3) Artikel 553 Pr. O.
4) Artikel 554 Absatz 4 und Artikel 556 Absatz 2 Pr. O.

Fällig sind Forderungen, wenn sie weder von einer (noch nicht erfolgten) Gegenleistung, noch von einer aufschiebenden Bedingung, noch von dem späteren Eintritt einer Leistungsfrist abhängen. Vgl. Artikel 605. Die Unbestrittenheit der Forderung braucht nicht ausdrücklich behauptet zu sein. Es genügt, wenn aus dem klägerischen Vortrage das Bestrittensein der Forderung nicht hervorgeht [5]). Forderungen im Sinne des Artikel 5 Ziffer 3 der Pr. O. gehören hieher, wenn das Hauptrecht nicht bestritten ist.

3) Für den betreffenden Anspruch darf der allgemeine Gerichtsstand vor dem Einzelngerichte durch ein forum speciale exclusivum vor einem andern Gericht nicht ausgeschlossen sein.

Demzufolge sind bedingte Zahlungsbefehle für Wechselforderungen [6]), für Entschädigungsforderungen aus Dienstwidrigkeiten gegen Richter [7]), überhaupt für Forderungen nicht zulässig, bezüglich deren das angegangene Einzelngericht nicht zuständig wäre, die Hauptsache im Sinne des Artikel 566 Absatz 3 vor sich verhandeln zu lassen [8]). Trifft das Forum des Artikel 28 der Proceßordnung im einzelnen Falle gerade mit jenem Einzelngerichte zusammen, vor welchem der Beklagte auch seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, so steht der Erlassung eines Zahlbefehls nichts im Weg.

II. Zuständig zur Erlassung des Zahlungsbefehls ist der Einzelnrichter, vor welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§§. 88—97) [9]).

## §. 417.

I. Das Gesuch [1]) um Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehls kann wie bei Vorsichtsverfügungen [2]) von der Partei persönlich oder ihrem Bevollmächtigten, selbst von dem mit der weiteren Verfolgung der Sache beauftragten Gerichtsvollzieher schriftlich oder mündlich angebracht werden. Gerichtsvollzieher und Advocaten [2a]) bedürfen hiebei keines Nachweises der Bevollmächtigung; sonstige Bevollmächtigte müssen ihre Vollmacht vorlegen. Wird das Gesuch mündlich angebracht, so ist darüber ein kurzes aber erschöpfendes [3]) Protokoll aufzunehmen. Die Protokollsaufnahme geschieht entweder vom Gerichtsschreiber oder vom Einzelnrichter selbst, an Gerichten mit mehreren selbständigen Einzelnrichter-Abtheilungen vom betreffenden Abtheilungsvorstand.

---

5) Abg. Prot. II, 435.
6) Artikel 7 und 539. Vgl. §. 412.
7) Artikel 5 Ziffer 4 Pr. O.
8) Abg. Prot. II, 433, 435, 446.
9) Artikel 553 Absatz 1 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 554 Pr. O.:
   Abg. Prot. II, 432, 435, 436—437, 446, 455.
   R. Ref. I, 29—30, 105.
   R. Prot. II, 266.
2) Artikel 637 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 436.
2a) Advocaten erhalten, von dem Falle abgesehen, daß es in Folge Protestation zur Verhandlung der Sache kömmt, nur die in Artikel 39 der Gebührenordnung normirte Gebühr, nicht aber eine Arrha ꝛc.
3) Abg. Prot. II, 446.

Gleichviel ob das Gesuch schriftlich eingereicht oder zu Protokoll erklärt wird, sind darin die zur Würdigung seiner Statthaftigkeit und zur Abfassung des Zahlungsbefehls in Ansehung der Personen von Gläubiger und Schuldner, der Hauptsumme, Zinsen und Kosten rc. nöthigen Angaben zu machen.

Ist die Forderung auf vertretbare Sachen gerichtet, so müssen diese im Gesuche zugleich in Geld angeschlagen sein [4]), dieses auch dann, wenn die Forderung an sich eine alternative nicht ist. Dadurch daß der Gläubiger einen Zahlungsbefehl erwirkt, erlangt der Schuldner die Befugniß, nach Wahl die Naturalleistung oder den Geldanschlag zu entrichten [5]).

II. Erscheint [6]) das Gesuch statthaft, so ist der Zahlungsbefehl sofort zu erlassen, andernfalls ist das Gesuch abzuweisen.

Im einen wie im andern Falle ist der Beschluß auf die schriftliche Eingabe oder das errichtete Protokoll zu setzen. Der Beschluß bleibt liegen, bis sich der Gläubiger oder sein Bevollmächtigter um die Aushändigung meldet. Ist dies ein Gerichtsvollzieher, so darf ihm ohne Vollmachtsnachweis auch dann behändigt werden, wenn er das Gesuch nicht gestellt hat [7]). Die Aushändigung geschieht in Urschrift.

Ist das Gesuch abgewiesen worden, welchen Falls sich eine kurze Angabe der Gründe empfiehlt, so bleiben dem Gläubiger die erwachsenen Kosten zur Last. Es ist ihm vorbehalten, seinen Anspruch im ordentlichen Verfahren zu verfolgen; die Wiederholung des Gesuchs unter Ergänzung bezüglicher Mängel ist nicht ausgeschlossen [8]).

Wird dem Gesuche stattgegeben, so hat der Zahlungsbefehl zu enthalten:

1) Die Bezeichnung des Gläubigers und Schuldners nach Vor- und Familiennamen, Stand oder Gewerbe und Wohnort.
2) Die Angabe des Betrags der Forderung und des Sachverhältnisses, aus welchem sie entspringt; eine weitläufige Motivirung ist nicht gemeint, es genügt geeignetenfalls die einfache Bezugnahme auf die Darlegung, welche in dem ohnehin mitzuzustellenden Gesuch enthalten ist [9]).
3) Die Auflage an den Schuldner, binnen einer Frist von 15 Tagen [10]),

---

4) Artikel 554 Pr. O.
5) Artikel 556 Absatz 2 Pr. O.
Abg. Prot. II, 436.
6) Quellen zu Artikel 555 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 432, 436—437, 446, 455; IV, 115, 157.
R. Ref. I, 29—30, 105; II, 192.
R. Prot. II, 266; IV, 63.
Quellen zu Artikel 556 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 59.
Abg. Prot. II, 432, 435, 436—437, 446, 455; IV, 112, 157.
R. Ref. I, 29—30, 105; II, 192.
R. Prot. II, 266; IV, 63.
7) Abg. Prot. II, 436—437.
8) Artikel 555 Pr. O.
9) Abg. Prot. II, 436, 437.
10) Das Gesetz statuirt eine längere als die gewöhnliche Erscheinungsfrist, weil bei Versäumung derselben nur Restitution zur Abhilfe bleibt. Abg. Prot. II, 437. Gesetzliche Fristerweiterung (Artikel 209) ist nicht undenkbar, doch wird der Fall sehr selten sein.

vom Tage der Zustellung des Zahlungsbefehles an gerechnet, bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung entweder den Gläubiger für Hauptsumme, wie etwaige Zinsen und die Kosten des Verfahrens zu befriedigen oder Protestation [11]) gegen den Zahlungsbefehl bei Gericht zu erheben.

Ist die Forderung auf eine vertretbare Sache gerichtet, so ist im Befehl dem Schuldner die Wahl zu lassen, ob er diese oder den im Gesuch enthaltenen Geldanschlag dafür leisten wolle [12]).

III. Der Gläubiger hat den Zahlungsbefehl dem Schuldner zustellen zu lassen. Damit ist die Zustellung der das Gesuch enthaltenden Eingabe oder des über das mündlich angebrachte Gesuch errichteten Protokolls zu verbinden. Die Zustellung geschieht nach der allgemeinen Regel durch Behändigung von Abschriften [13]).

Mit dieser Zustellung treten die nach Artikel 179 an die Zustellung der Klage geknüpften processualen und materiellen [14]) Wirkungen ein [15]). Vgl. übrigens Artikel 559, 561 Absatz 2 Pr. O.

IV. Die Protestation [16]) gegen den Zahlungsbefehl ist bis zur Erlassung des Vollstreckungsbeschlusses zulässig. Als erlassen ist dieser Beschluß anzusehen, wenn die betreffende Verfügung geschrieben und vom Richter und Gerichtsschreiber unterzeichnet ist. Zum Nachweis hierüber dient der Eintrag im Register (Artikel 568). Ob und wann der erlassene Beschluß dem Gläubiger ausgehändigt und hinwieder dem Schuldner zugestellt wurde, ist für die Zulässigkeit der Protestation unerheblich. Uebrigens ist der Richter verpflichtet, dem Antrage auf Erlassung des Vollstreckungsbeschlusses unverzüglich zu entsprechen, um den Gläubiger nicht zu schädigen [17]).

Die Protestation ist auf der Gerichtsschreiberei von der Partei selbst oder ihrem Bevollmächtigten anzumelden. Letzterer hat seine Vollmacht auch dann vorzulegen, wenn er ein Advocat ist. Gerichtsvollziehern ist die Ver-

---

11) Nicht Einspruch, mit welchem Ausdruck sich ein ganz anderer Sinn verbindet. Abg. Prot. II, 446.

12) Artikel 556 Pr. O.

13) Abg. Prot. II, 436.

14) Der sich theilweise wieder auf das einschlägige Civilrecht bezieht. Abg. Prot. II, 436, 437.

15) Artikel 557 Pr. O. Quellen hiezu; Abg. Prot. II, 436—437, 446, 456; R. Prot. II, 266; R. Ref. I, 29—30, 105.

16) Quellen zu Artikel 558 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 59.
Abg. Prot. II, 432, 437—438, 446, 456; IV, 112, 158.
R. Ref. I, 29—30, 105.
R. Prot. II, 266.
Quellen zu Artikel 559 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 432, 438, 446, 456; IV, 112, 115, 158.
Abg. Ref. III, 59.
R. Ref. I, 29—30, 105; II, 192.
R. Prot. II, 266; IV, 63.
Quellen zu Artikel 560 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 59.
Abg. Prot. II, 432, 438, 446, 456; IV, 112, 158.
R. Ref. I, 29—30, 105.
R. Prot. II, 266.

17) Abg. Prot. II, 438.

tretung der Parteien nach dieser Richtung von der Proceßordnung ausdrücklich nicht gestattet, nach der Gerichtsvollzieherordnung aber disciplinär jedenfalls dann untersagt, wenn sie entgeltlich geschehen soll.

Eine Begründung der Protestation wird nicht erfordert; es genügt die Erklärung, daß protestirt werde [18]). Will der Schuldner in Fällen, in welchem ihm die Wahl zwischen Naturalleistung und Geldanschlag bleibt, letzteren nur unter dem angesetzten Betrage entrichten, so muß er Protestation erheben.

Die Anmeldung kann mittels Eingabe oder mündlich geschehen. Der Gerichtsschreiber hat im ersten Falle auf der Eingabe den Tag des Einlaufs zu bemerken, im letzten ein Protokoll aufzunehmen. Die Eingabe oder das Protokoll bleibt auf der Gerichtsschreiberei hinterliegen und ist dem Gläubiger auf Verlangen lediglich vorzuzeigen [19]).

Durch die rechtzeitig erklärte Protestation wird der Zahlungsbefehl wirkungslos und der Gläubiger kann seinen Anspruch nur im ordentlichen Verfahren geltend machen. Die nach Artikel 557 Absatz 2 eingetretenen Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen jedoch nur dann, wenn der Gläubiger nicht innerhalb einer der Erweiterung nach Artikel 209 nicht unterliegenden Frist von 6 Monaten, von der Erklärung des Schuldners an gerechnet, die Klage im ordentlichen Verfahren erhebt [20]). Bei dieser im Interesse des Gläubigers getroffenen Ausnahme hatte der Gesetzgeber vorzugsweise Forderungen im Auge, die einer kurzen Verjährung unterliegen [21]).

War der Zahlungsbefehl wegen mehrerer selbständiger Forderungen erlassen und hat der Schuldner ausdrücklich die Protestation auf die eine oder andere beschränkt, so bleibt der Zahlungsbefehl bezüglich der übrigen in Kraft [22]). Wurde die Protestation auf einen Theil derselben Forderung beschränkt, so wird gleichwohl der ganze Zahlungsbefehl wirkungslos [23]).

V. Nach Ablauf [24]) der in dem Zahlungsbefehle festgesetzten Frist kann der Gläubiger, wenn er bis dahin weder klaglos gestellt noch Protestation erhoben ist, beantragen, daß für den im Zahlungsbefehle bezeichne-

---

18) Abg. Prot. II, 446.
19) Artikel 558 Pr. O.
20) Artikel 559 Pr. O.
21) Abg. Prot. II, 438.
22) Artikel 560 Pr. O.
23) Vgl. hannöv. Prot. 3314 und §. 503 Absatz 1 u. 2 des hannöv. Entw., woraus Artikel 560 wörtlich entnommen ist.
24) Quellen zu Artikel 561 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 432, 438, 446, 456; IV, 336, 367.
R. Ref. I, 29—30, 105; II, 193.
R. Prot. II, 266; IV, 64.
Quellen zu Artikel 562 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 432, 438, 446, 456.
Abg. Ref. I, 29—30, 105.
R. Prot. II, 266.
Quellen zu Artikel 563 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 59.
Abg. Prot. II, 435, 438, 446, 456; IV, 112, 158.
R. Ref. I, 29—30, 105; II, 193.
R. Prot. II, 266; IV, 64.

ten Forderungsbetrag sammt Zinsen und Kosten ein Vollstreckungsbeschluß erlassen werde. Dieser Antrag muß spätestens innerhalb einer der Erweiterung nach Artikel 209 entrückten Frist von 6 Monaten, von Zustellung des Zahlungsbefehls gerechnet, gestellt werden, widrigenfalls der Zahlungsbefehl seine Kraft verliert und alle Wirkungen desselben erlöschen.

Der Antrag ist ganz in der Weise wie das Gesuch um den Zahlungsbefehl anzubringen. Der Letztere und die bezügliche Zustellungsurkunde müssen zugleich in Urschrift übergeben werden. Wird der Antrag mittels Eingabe gestellt, so hat der Gerichtsschreiber auf dieser den Tag des Einlaufs zu bemerken [25]).

Erscheint der Antrag nicht gerechtfertigt, weil es an einer der eben erwähnten Voraussetzungen (Artikel 561) fehlt, so weist ihn das Gericht in einem auf den Zahlungsbefehl zu setzenden kurz motivirten Beschlusse zurück.

Erscheint der Antrag gerechtfertigt, so ist der von dem Richter und Gerichtsschreiber unter Beidrückung des Gerichtssiegels zu unterzeichnende Vollstreckungsbeschluß sofort auf der Urschrift des Zahlbefehls zu erlassen mit der Ueberschrift: „Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern" und am Schlusse vor dem Datum mit den Worten: „Vorstehender Beschluß wird für vollstreckbar erklärt." Kurze Motivirung ist räthlich. Der Vollstreckungsbeschluß hat die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils [26]).

Im einen wie im andern Falle wird der Beschluß wie der Zahlungsbefehl [27]) dem Gläubiger oder seinem Bevollmächtigten auf Anmelden in Urschrift ausgehändigt [28]), worauf dieser mit Befriedigungsgebot und Vollstreckung weiter vorgehen kann [29]).

Bei Forderungen, die auf eine vertretbare Sache gerichtet sind, ist der Vollstreckungsbeschluß auf den Geldanschlag zu stellen, es bleibt aber dem Schuldner demungeachtet freigestellt, solange die Vollstreckung nicht wirklich erfolgt und zur Vollendung gediehen ist, sich durch Leistung der vertretbaren Sache von der Zahlung des Geldanschlags zu befreien [30]).

VI. Gegen die Entscheidung [31]), welche den Antrag auf Erlassung

---

25) Artikel 561 Pr. O.
26) Abg. Prot. II, 439; IV, 112.
27) Siehe oben Ziffer II.
28) Artikel 562 Pr. O.
29) Vgl. Artikel 845 Pr. O.
30) Artikel 563 Pr. O.
31) Quellen zu Artikel 564 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 59.
Abg. Prot. II, 433, 438—439, 446, 456; IV, 112, 158.
R. Ref. I, 20—30, 105; II, 193.
R. Prot. II, 266; IV, 64.
Quellen zu Artikel 565 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 59.
Abg. Prot. II, 433, 439, 446, 456; IV, 112, 158.
R. Ref. I, 29, 105.
R. Prot. II, 266.
Quellen zu Artikel 566 Pr. O.
Abg. Ref. III, 59.
Abg. Prot. II, 433, 439, 446, 456; IV, 112, 158, 336, 368.
R. Ref. I, 29—30, 105; II, 193.
R. Prot. II, 266; IV, 64.

eines Vollstreckungsbeschlusses abweist, hat der Gläubiger das Rechtsmittel der Beschwerde (Hauptstück 28 der Proceßordnung). Im Uebrigen steht gegen die in vorwürfigem Verfahren erlassenen Beschlüsse, gleichviel ob sie die Abweisung des Gesuchs um einen Zahlbefehl oder die Erlassung eines solchen oder eines Vollstreckungsbeschlusses zum Inhalt haben, weder dem Gläubiger noch dem Schuldner ein Rechtsmittel und ebensowenig der Einspruch zu [32]). Den Grund für diese etwas strengen Bestimmungen fand der Gesetzgeber in der Erwägung, daß der Gläubiger gegen die ungerechtfertigte Verweigerung des Vollstreckungsbeschlusses geschützt werden müsse, weil ihm hiemit alle durch des Beklagten Ungehorsam erlangten Vortheile wieder verloren gehen, während gegen die Erlassung des Zahlbefehles der Schuldner durch das Recht der Protestation, gegen die Verweigerung des Zahlbefehles der Gläubiger durch das Recht auf Einschlagung des gewöhnlichen Verfahrens genügend geschützt sei, die Zulassung eines Rechtsmittels gegen die Gewährung des Vollstreckungsbeschlusses aber mit Oekonomie und Zweck des ganzen Verfahrens nicht im Einklange stehe [33]).

Sucht der Schuldner Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der für die Protestation wider den Zahlbefehl gestatteten Frist nach, so muß das mittels Gerichtsvollzieheractes ganz nach Artikel 217 zu stellende Gesuch namentlich den angeblichen Grund der begehrten Restitution (Artikel 216), die nachträgliche Protestationserklärung und den Antrag enthalten, unter Gewährung der Restitution und Aufhebung des Vollstreckungsbeschlusses die Protestation für statthaft zu erklären, zugleich aber die Vorladung des Gläubigers in die nächste Sitzung des Einzelngerichts, welches den Vollstreckungsbeschluß erlassen hat, allerdings unter Beobachtung der gesetzlichen Ladungsfrist (Artikel 502, 209 der Proceßordnung) [34]).

Die Vollstreckung wird durch diese Zustellung an sich nicht aufgehalten; doch ist das Einzelngericht befugt, die Einstellung zu verfügen [35]).

Erscheinen beide Theile in der Sitzung, so wird verhandelt und nach dem Ergebniß entweder das Restitutionsgesuch verworfen oder unter Aufhebung des Vollstreckungsbeschlusses die nachträgliche Protestation für zulässig erklärt. Letzterenfalls ist, wenn der Gläubiger es beantragt, sofort oder in einer hiezu festgesetzten späteren Sitzung unter Umgangnahme von einer neuerlichen Ladung [36]) auf mündlichen Klagsvortrag in der Sache selbst zu verhandeln und zu entscheiden; stellt der Kläger einen solchen Antrag nicht, so bleibt ihm die Klagestellung im gewöhnlichen Weg überlassen. Gegen das Urtheil, mag es die Restitution verwerfen oder zulassen, sind bei gegebenen Voraussetzungen die gewöhnlichen Rechtsmittel nicht ausgeschlossen [37]).

Erscheint in der Sitzung zur Verhandlung des Restitutions-Gesuchs der Schuldner nicht, so wird dieses Gesuch wie seine nachträgliche Prote-

---

32) Artikel 564 Pr. O.
33) Abg. Prot. II, 438—439.
34) Artikel 565 Absatz 1 Pr. O.
35) Artikel 565 Absatz 2 Pr. O.
36) Als überflüssig. Abg. Prot. II. 438.
37) Artikel 566 Absatz 3 Pr. O.

station unter Verurtheilung desselben in die Kosten verworfen. Erscheint der Gläubiger nicht, so wird der Vollstreckungsbeschluß aufgehoben, vorbehaltlich der Befugniß des Gläubigers, seinen Anspruch im ordentlichen Verfahren zu verfolgen. Weder im einen noch im andern Falle ist Einspruch zulässig [38]), wohl aber sind die gewöhnlichen Rechtsmittel gegen das Urtheil bei gegebenen Voraussetzungen statthaft.

VII. Kommt es wegen einer vom Schuldner rechtzeitig erhobenen Protestation gar nicht zu einem Vollstreckungsbeschlusse, so ist, wenn später die Sache im ordentlichen Verfahren verhandelt und entschieden wird, hiebei auch über den Ersatz der in Folge des Gesuchs um einen bedingten Zahlbefehl entstandenen Kosten nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden.

Ist, nachdem ein Vollstreckungsbeschluß bereits erlassen war, nachträglich Protestation mit Restitutionsbegehren [39]) erhoben worden, so hat der Schuldner die auf diese Protestation und die darüber gepflogene Verhandlung erwachsenen Kosten nicht blos dann zu tragen, wenn er damit oder in der Hauptsache unterliegt, sondern auch wenn er mit seinem Restitutionsgesuch durchdringt [40]). Bleibt er im letzteren Falle auch in der Hauptsache obsiegender Theil, so fallen ihm die auf Erlassung des Zahlbefehles und die Verhandlung in der Hauptsache erwachsenden Kosten nicht zur Last.

VIII. Da im Verfahren auf bedingten Zahlbefehl alle Gesuche und Beschlüsse in Urschrift hinausgegeben werden [41]), so hat der Gerichtsschreiber ein Register zu führen, in welchem die Gesuche um Erlassung solcher Befehle, die hierauf ergangenen Entschließungen, die allenfallsigen Protestationen, weiteren Gesuche und hierauf erlassenen Verfügungen, sowie die vorgekommenen Aushändigungen vorgemerkt werden. Ueber die erfolgte Aushändigung hat sich der Gerichtsschreiber vom Empfänger in dem Register Bescheinigung ertheilen zu lassen [42]). Vgl. Bd. I S. 744 Litt. E.

## II. Capitel.

## Verfahren bei gerichtlichen Entscheidungen auf einfache Vorstellung.

### §. 418.

Unter einfachen Vorstellungen [1]) versteht man die in schriftlichen Eingaben oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers niedergelegten Parteige-

---

38) Artikel 566 Absatz 1, 2 und 4 Pr. O.
39) Abg. Prot. II, 439.
40) Artikel 567 Pr. O. Quellen hiezu: Abg. Ref. III, 59; Abg. Prot. II, 433, 439, 446, 457; IV, 115, 158; R. Ref. II, 193; R. Prot. II, 266; IV, 69.
41) Abg. Prot. II, 439.
42) Artikel 568 Pr. O. Quellen hiezu: Abg. Prot. II, 433, 439, 446, 457; R. Ref. I, 29–30, 105; R. Prot. II, 266. Verordnung vom 16. Juni 1870, die Dienstesvorschriften über die innere Einrichtung der Gerichtsschreiberei betr. Artikel 5 Nr. 11.
1) Ein terminus technicus der Pr. O.

suche [2]), auf welche eine Entscheidung des Gerichts ohne vorgängige mündliche Verhandlung und nach Maßgabe des im XXV. Hauptstück der Pr. O. vorgezeichneten Verfahrens erfolgen soll [3]). Solche Entscheidungen können nur in Fällen erlassen werden, in welchen das Gesetz dieses ausdrücklich zuläßt [4]). Dieselben sind in §. 31 aufgezählt worden [5]); ihnen sind noch die in Artikel 116, 174, 993 und 881 der Pr. O. mit Artikel 310 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs erwähnten beizufügen. Auch der Fall des Artikel 538 der Pr. O. gehört seinem Wesen nach hieher [6]). Werden in anderen Fällen Entscheidungen nach Hauptstück XXV der Pr. O. nachgesucht, so ist das Gesuch auf Grund des Artikel 651 als unstatthaft abzuweisen.

Die Pr. O. erwähnt außer den eben bezeichneten Entscheidungen des Gerichts noch eine Reihe von Fällen, in welchen ohne vorgängige Verhandlung und Gehör des Gegeninteressenten zu verfügen ist, — aber von einer einzelnen Richterperson als solcher, dem Vorstande des Gerichts oder des Senats oder dem beauftragten Richter. Generelle Vorschriften über das hiebei einzuhaltende Verfahren bestehen nicht. Demgemäß ist der Praxis überlassen, aus der Natur der Sache, den jeweiligen Umständen des Falles und etwaigen Specialnormen, wie sie z. B. in Artikel 113, 118, 555 sich vereinzelt finden, das zweckmäßigste d. h. das unbeschadet des Zwecks einfachste Verfahren einzuhalten.

I. Verfahren bei Gerichten, an welchen ein Staatsanwalt angestellt ist (Bezirks- und Appellationsgerichte, oberster Gerichtshof).

1) Die Vorstellung [7]) muß in der Regel von einem bei dem betreffenden Gericht zur Anwaltspraxis berechtigten Advocaten [8]) gefertigt d. h. unterzeichnet sein (Anwaltsact) [9]) und auf der Gerichtsschreiberei eingereicht werden. Von wem die Schrift verfaßt wurde, ist gleichgiltig [10]).

Ausnahmsweise gestattet das Gesetz in bestimmten Fällen Abweichungen, indem bald von dem Erfordernisse eines Anwaltsacts, bald von der schriftlichen Einreichung des Gesuchs abgesehen

---

2) Im Civilproceß. Vgl. Abg. Prot. II, 449.

3) Aehnliche Entscheidungen, bei denen jedoch das Verfahren des XXV. Hauptstücks der Pr. O. nicht gilt, sieh' z. B. in Artikel 138, 140, 143 der Pr. O.

4) Quellen zu Artikel 641 und 643 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 439, 440—441, 449, 450, 463; IV, 119, 166.
R. Ref. I, 31; II, 203.
R. Prot. II, 288; IV, 71.

5) Der dort miteingestellte Fall des Artikel 810 der Pr. O. hat zwar, soweit es sich um den ersten Act handelt, eine Vorstellung zum Gegenstand, gehört aber allerdings in Ansehung des weiteren Verfahrens nicht hieher.

6) Amortisationssachen gehören, vom preuß. Landrechte abgesehen, nicht hieher. Die gegentheilige Ansicht hat übrigens der oberste Gerichtshof ausgesprochen. Vergl. Sammlung Bd. I Nr. 37.

7) Quellen zu Artikel 644 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 62.
Abg. Prot. II, 439, 440, 442, 449, 450, 463; III, 130; IV, 119, 166.
R. Ref. I, 31; II, 203—204.
R. Prot. II, 288; IV, 71.

8) Anwaltszwang, Anwaltslocalisirung. Vgl. §. 136.

9) Vgl. Abg. Prot. II, 449—450.

10) Abg. Prot. II, 450.

wird. So kann in den Fällen der Artikel 925 und 1126, 1116 und 1135 die Vorstellung von der Partei selbst gefertigt, in den Fällen der Artikel 45, 1016, 1048, 1049, 1141, 1185 dem Gerichtsschreiber zu Protokoll gegeben werden [11]). Im einen wie im anderen Falle kann die Schriftfertigung oder Protokollarerklärung für die Partei von einem Bevollmächtigten geschehen. Ist der Letztere zur Anwaltspraxis bei dem betreffenden Gerichte befugt, so bedarf er keines Vollmachtsnachweises. Gerichtsvollziehern ist eine solche Praxis disciplinär untersagt [12]).

Die Vorstellung muß in allen Fällen die Bezeichnung des Gesuchstellers nach Vor- und Familiennamen, Stand oder Gewerbe und Wohnort, sowie des angerufenen Gerichts, — eine gedrängte aber vollständige und deutliche Darstellung der das Gesuch (petitum) [13]) begründenden thatsächlichen Verhältnisse, — den Rechtsgrund, auf welchen dasselbe gestützt wird, — und ein bestimmtes Begehren enthalten. Sind zur Begründung Urkunden erforderlich, so sind sie in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizulegen. Ob und inwieweit Beweis, Bescheinigung erforderlich, bestimmen die für den einzelnen Fall maßgebenden Vorschriften. Notorietät macht Belege entbehrlich [14]).

In der Vorstellung kann sowohl zur Bezeichnung der Gesuchsteller, wenn deren mehrere sind, als auch bei Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse auf die beigelegten Urkunden soweit Bezug genommen werden, als sich aus denselben das Erforderliche ergibt [15]).

Wesentliche Mängel der Vorstellung in der einen oder anderen Richtung stehen allerdings unter der Vorschrift des Artikel 218 der Pr. O. Indessen soll nach dem Geiste des Gesetzes eine Vorstellung nicht abgewiesen werden, wenn der Fehler zu verbessern ist; die Ergänzung 2c. ist von Amtswegen anzuordnen. Vgl. Artikel 648, 650 Pr. O.

2) **Das Verfahren bis zur Entscheidung** wickelt sich höchst einfach ab [16]).

---

11) Der Gerichtsschreiber fungirt hier selbständig. Vgl. §. 23 Litt. B.
12) Artikel 644 Absatz 1, 2 und 3 Pr. O.
13) Im Gegensatz zur gesammten Eingabe (Vorstellung). Abg. Prot. II, 442.
14) Abg. Prot. II. 442.
15) Artikel 644 Absatz 2 und 4 Pr. O.
16) Quellen zu Artikel 645 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 62.
Abg. Prot. II, 440, 442–444, 449, 450, 463; IV, 119, 166.
R. Ref. I, 31, 113; II, 204.
R. Prot. II, 288—289; IV, 71.
Quellen zu Artikel 646 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 62.
Abg. Prot. II, 440, 442—444, 449, 450, 463; IV, 119—120, 166, 338—340. 370.
R. Ref. I, 31, 114; II, 204.
R. Prot. II, 289; IV, 71—72.
Quellen zu Artikel 647 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 440, 442—444, 449, 450, 463.

Der Gerichtsschreiber legt die Vorstellung, auf welche bei schriftlicher Einreichung der Tag des Einlaufs bemerkt sein muß, dem Gerichtsvorstande vor.

Dieser ernennt auf der Vorstellung einen Berichterstatter und verordnet, daß sie durch den Gerichtsschreiber dem Staatsanwalt zur Antragstellung mitgetheilt werde. Der Gerichtsvorstand kann die Berichterstattung auch selbst übernehmen und solchen Falls zugleich die Zeit der Berathung und Beschlußfassung, vorbehaltlich etwa erforderlicher Abänderung, festsetzen. In dringlichen Fällen ist dies räthlich [17]).

Der Staatsanwalt hat, wenn er nichts zu erinnern findet, dies auf der Vorstellung kurz zu bemerken, andernfalls einen schriftlichen Antrag zu stellen, der, soweit erforderlich, zu begründen und unter die Verfügung des Gerichtsvorstands zu setzen ist [18]). Wieweit die staatsanwaltschaftliche Betheiligung sich erstrecken muß oder darf, wurde des Weiteren in §. 32 bemerkt. Ueberschreitungen seiner Befugniß können nur die Nichtberücksichtigung des Antrags des Staatsanwalts, keineswegs die Nichtigkeit der Entscheidung nach sich ziehen.

Sobald der Staasanwalt die Acten zurückgestellt hat, sind sie durch den Gerichtsschreiber dem ernannten Berichterstatter zurückzugeben. Dieser hat alsbald seine Berichterstattung vorzubereiten [19]).

Der Staatsanwalt sowohl als der Berichterstatter kann, ohne Gerichtsbeschluß zu erholen, den Gesuchsteller von kurzer Hand (d. h. formlos, mündlich oder durch ein Billet, das der Gerichtsschreiber besorgen läßt [20]), veranlassen, Aufklärungen zu geben und Urkunden, welche nöthig erscheinen, nachträglich beizubringen. Derlei Nachträge sind ohne weitere Förmlichkeit der Vorstellung beizufügen [21]).

3) Die Entscheidung [22]) erfolgt auf Vortrag des Berichterstatters in geheimer Sitzung, bei Gerichten mit ständiger Senatseintheilung in jenem Senate, dem der Berichterstatter stabil, nicht blos aushilfsweise angehört. Folgerecht liegt bei solchen Gerichten in der Referentenernennung (Artikel 645 Absatz 2) zugleich die Zutheilung an

---

R. Ref. I, 31.
R. Prot. II. 289.
Quellen zu Artikel 648 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 63.
Abg. Prot. II, 440, 444, 449, 450, 463; IV, 120, 166.
R. Ref. I, 31; II, 204—205.
R. Prot. II, 289; IV, 72.

17) Artikel 645 Pr. O.
18) Artikel 646 Absatz 1 Pr. O.
19) Artikel 647 Pr. O.
20) Abg. Prot. II, 444.
21) Artikel 648 Pr. O.
22) Quellen zu Artikel 649 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 440, 444, 449, 450, 463.
R. Ref. I, 31, 113—114.
R. Prot. II, 289—290.
Quellen zu Artikel 650 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 440, 444—445, 449—450, 464.

den betreffenden Senat [23]). Die Anberaumung der Sitzung erfolgt, sofern noch nöthig, auf die mündliche Anzeige des Berichterstatters, daß er in der bezüglichen Sache zur Vortragserstattung bereit sei, durch den Gerichts- bezw. Senatsvorstand ohne alle Förmlichkeit. Ist der Senat aus anderem Anlaß gerade versammelt, so kann sofort Vortrag erstattet werden. Das Gericht kann den Staatsanwalt einladen, der Sitzung beizuwohnen, wenn es dessen Anwesenheit für zweckmäßig hält [24]).

Erachtet das Gericht weitere Aufklärungen oder Urkunden erforderlich, so kann es durch einen kurz zu motivirenden, in Urschrift gegen Wiedervorlage auszuhändigenden Beschluß (Artikel 651) dem Gesuchsteller die bezügliche Auflage machen [25]), ähnlich wie im Falle des Artikel 328 Absatz 4. Uebrigens kann das Gericht nach Umständen, etwa in Betracht der persönlichen Verhältnisse, statt Beschluß zu erlassen, das Verfahren nach Artikel 648 einschlagen d. h. unter Rücklegung der Sache den Berichterstatter ohne alle Förmlichkeit beauftragen, die bestehenden Anstände vorerst heben zu lassen. In den meisten Fällen wird dies der kürzere, minder kostspielige und darum zweckmäßigere Weg sein. Hat freilich der Berichterstatter selbst schon einen bezüglichen Versuch ohne Erfolg gemacht, so ist zur Entscheidung zu schreiten [26]).

Alle Beschlüsse und Entscheidungen in diesem Verfahren (Erkenntnisse) sind mit Gründen zu versehen und haben die genaue Bezeichnung der Parteien zu enthalten. Sie werden auf die Vorstellung gesetzt und von dem Vorsitzenden und Gerichtsschreiber unter Beidrückung des Gerichtssiegels unterzeichnet Bei Verhinderung des Vorsitzenden unterzeichnet statt seiner der im Range nächstfolgende, bei Verhinderung des Gerichtsschreibers der im Rang letzte derjenigen Richter, welche zu dem Beschlusse oder zu der Entscheidung mitgewirkt haben [27]).

Die Beschlüsse und Entscheidungen werden dem Gesuchsteller mit den vorgelegten Urkunden auf dessen Anmelden in der Regel in Urschrift ausgehändigt. Solchen Falls und wenn nach dem Inhalte der Entscheidung (vgl. z. B. Artikel 1015, 1016, 1140, 1141) darauf ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet werden kann, erhält sie die Ueberschrift

„Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern"

und am Schlusse den Beisatz

---

R. Ref. I, 31.
R. Prot. II, 289.

Quellen zu Artikel 651 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 63.
Abg. Prot. II, 440, 445, 449, 450, 464; IV, 120, 167, 340, 370.
R. Ref. I, 31; II, 205.
R. Prot. II, 289; IV, 72.

23) Abg. Prot. II, 444,
24) Artikel 649 Pr. O.
25) Artikel 650 Pr. O.
26) Abg. Prot. II, 445.
27) Artikel 651 Absatz 1 mit Artikel 680 Absatz 6 Pr. O. Vgl. §. 356 Ziff. I, 5.

„Vorstehende Entschließung wird hiemit für vollstreckbar erklärt" [28]).

Eine Sachverhaltsdarstellung ist in dieselbe nicht aufzunehmen. Die bezüglichen Acten und Urkunden, welche mithinausgegeben werden, lassen das Sachverhältniß ohnehin entnehmen.

Ausnahmsweise bleibt die Entscheidung auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt. Vergl. Artikel 35 Absatz 4, Artikel 656, 659, 751, 940, 965, 993, 1126. Solchen Falls finden bezüglich der den Betheiligten zu ertheilenden Ausfertigungen die allgemeinen Vorschriften über Ausfertigung der Urtheile (Artikel 288—292) [29]) entsprechende Anwendung [30]). Die Vorstellung ist in die Ausfertigung mitaufzunehmen, weil deren das Sachverhältniß enthaltende Urschrift hinterlegt bleibt.

4) Bei jedem Gericht [31]) hat der Gerichtsschreiber ein Register zu führen, in welchem die Vorstellungen und die darauf erfolgten Beschlüsse und Entscheidungen vorgemerkt werden und die Gesuchsteller den Empfang der ihnen ausgehändigten Acten zu bescheinigen haben [32]). Hauptverzeichniß für einfache Vorstellungen [33]). Es ist dies gerade deshalb nöthig, weil Beschlüsse und Acten in der Regel in der Urschrift hinausgegeben werden.

II. Verfahren bei Gerichten, an welchen ein Staatsanwalt nicht angestellt ist.

1) Verfahren bei Collegialgerichten (Handels- und Handelsappellationsgerichte).

Die unter Ziffer I dargestellten Grundsätze finden auf die Handelsappellationsgerichte Anwendung, jedoch mit Ausnahme der auf die Staatsanwaltschaft bezüglichen Bestimmungen.

Ebenso gelten diese Grundsätze für die Handelsgerichte, jedoch mit der Abweichung, daß nicht blos die auf die Staatsanwaltschaft bezüglichen Vorschriften hinwegfallen, sondern auch die Vorstellung von der Partei selbst oder ihrem Bevollmächtigten [34]) schriftlich eingereicht [35]) oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt werden kann [36]). Vollmachtsnachweis muß jeder Bevollmäch-

---

28) Artikel 651 Absatz 2 und 3 Pr. O.

29) Vgl. §§. 361 und 362.

30) Artikel 651 Absatz 2 Pr. O.

31) Abg. Prot. II, 450.

32) Quellen zu Artikel 652 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 63.
Abg. Prot. II. 440. 445, 449, 450, 464; IV, 120, 167.
R. Ref. I, 31; II, 205.
R. Prot. II, 289; IV, 72.

33) Vgl. Bd. I S. 740—741 Littera H.

34) Da bei diesen Gerichten weder Staatsanwaltschaft noch Anwaltszwang besteht, Abg. Prot. II, 445.

35) Natürlich von ihr oder ihrem Bevollmächtigten unterzeichnet, wenn auch von einer dritten Person verfaßt. Abg. Prot. II, 450.

36) Artikel 653 Pr. O. Quellen hiezu:
Abg. Ref. III, 63.
Abg. Prot. II, 440, 445, 449, 450, 464; IV, 120, 167.
R. Ref. I, 31, 114—115; II, 205.

tigte vorlegen, soweit nicht im Gesetz eine ausdrückliche Ausnahme gemacht ist. Gerichtsvollziehern ist die Parteivertretung in dieser Hinsicht nicht gestattet.

2) Verfahren bei den Einzelngerichten[37]).

An diesen Gerichten, bei welchen weder Staatsanwaltschaft noch Anwaltszwang besteht, ist das Verfahren dasselbe wie bei den Handelsgerichten, — jedoch, da sie eine collegiale Verfassung nicht haben, mit den hieraus sich ergebenden Modificationen.

Demgemäß können die Vorstellungen von der Partei oder ihrem Bevollmächtigten schriftlich eingereicht oder dem Einzelnrichter oder Gerichtsschreiber zu Protokoll gegeben werden. Hält der Einzelnrichter noch Aufklärungen oder Urkunden für nöthig, so kann er, die Befugnisse des Gerichts und Berichterstatters in seiner Person vereinigend, der Partei durch förmlichen Beschluß oder von kurzer Hand die Auflage machen, das Erforderliche allenfalls in formloser Weise zu übergeben 2c.

Ueber die Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen Entscheidungen auf einfache Vorstellung im VII. Buche.

## §. 419.

Im vorigen §. wurde das Verfahren dargestellt, wie es für die Mehrzahl der Fälle d. h. regulär zu verlaufen hat.

Für einzelne Fälle schreibt indessen das Gesetz gewisse Modificationen vor [1]).

Von den hieher gehörigen Fällen der Artikel 743 und 758 (Beschwerde und Gegenvorstellung) wird im nächsten Buche gehandelt. Von den in Artikel 881 Absatz 2, Artikel 940, 965, 993, 1126, dann Artikel 1016, 1048, 1049, 1052, 1141 und 1194 erwähnten Fällen ist bei der Lehre vom Vollstreckungsverfahren zu handeln.

Für die nachstehende Erörterung bleiben daher nur die folgenden Fälle übrig.

I. Ablehnung von Gerichtspersonen (Artikel 42 ff., Artikel 52 Pr. O.) [2]).

1) Die Vorstellung kann schriftlich eingereicht [3]) oder vor dem Gerichtsschreiber, bei Einzelngerichten auch vor dem Gerichtsvorstande [4]) zu Protokoll gegeben werden, vorausgesetzt, daß diese Personen nicht selbst die Abgelehnten sind.

Sie muß die Thatsachen enthalten, welche die Ablehnung begründen. Zugleich sind die zu deren Bescheinigung dienenden Belege zu übergeben und die etwaigen weiteren Bescheinigungsmittel anzuführen, deren Erhebung die Partei beantragt. Die Bescheinigung durch Eid ist unzulässig.

---

37) Artikel 654 Pr. O. Quellen hiezu:
Abg. Prot. II, 440, 445, 449, 450, 464.
R. Ref. I, 31, 114—115.
R. Prot. II, 290—291.

1) Artikel 643 Pr. O.

2) Vgl. §§. 20 und 22.

3) Artikel 644, 653, 654 Absatz 1 Pr. O.

4) Artikel 654 Absatz 1 Pr. O.

Wird die Ablehnung in einer bereits anhängigen Sache angebracht, so hat der Gesuchsteller der Gegenpartei von dem Gesuche [5]) durch abschriftliche Mittheilung mittels Gerichtsvollzieheracts Kenntniß zu geben [6]).

2) Wird ein Mitglied eines Collegialgerichts abgelehnt, so ist die Erklärung des Abgelehnten durch den Gerichtsvorstand einzuholen, welcher, soweit er die Sache nicht selbst durch geeignete Anordnung zu erledigen vermag, die Entscheidung des Gerichts zu veranlassen und, wenn dieses beschlußunfähig ist, die Sache dem vorgesetzten Gericht zur Entscheidung vorzulegen hat [7]).

Die Vorstellung, mittels deren ein Mitglied eines Einzelgerichts abgelehnt wird, ist von diesem Gerichte mit der Erklärung des Abgelehnten über den Inhalt des Gesuchs [8]) an das vorgesetzte Bezirksgericht einzusenden [9]).

3) Die Entscheidung erfolgt in beiden vorerwähnten Fällen nach schriftlicher Vernehmung des Staatsanwalts, wenn ein solcher am Gerichte angestellt ist.

Das die Zuständigkeit festsetzende Erkenntniß wird durch den Staatsanwalt — falls ein solcher am Gerichte nicht aufgestellt ist, durch den Gerichtsvorstand — den betreffenden Untergerichten mitgetheilt. Den Betheiligten ist durch den Gerichtsschreiber des als zuständig erkannten Gerichts gegen Bescheinigung Kenntniß zu geben [10]).

Gegen die Entscheidung, welche der Ablehnung stattgibt, steht weder dem Abgelehnten noch der Gegenpartei ein Rechtsmittel zu. Gegen die Verwerfung des Gesuchs kann innerhalb einer unerstrecklichen Frist [11]) von acht Tagen nach Eröffnung des Erkenntnisses Beschwerde erhoben werden. Der Beschwerdeführer hat, wenn die Ablehnung in einer bereits anhängigen Sache angebracht ist, der Gegenpartei von der Beschwerde Kenntniß zu geben [12]). Im Uebrigen richtet sich das Verfahren auf Erhebung und Erledigung der Beschwerde nach den allgemeinen Vorschriften [13]).

4) Das Verfahren ist, wenn dem Gesuche stattgegeben wird, tax- und stempelfrei. Im Falle der Zurückweisung des Gesuchs hat der Gesuchsteller die Kosten zu tragen. Die bis dahin außer Verwendung und Ansatz gebliebenen Stempel und Taxen sind nachzukassieren. Liegt dem Gesuch böse Absicht oder Leichtfertigkeit zu Grund, so ist der Gesuchsteller, nach Umständen dessen Gewalthaber, in eine Geldstrafe bis zu fünfzig Gulden zu verfällen [14]).

---

5) Nicht auch von der Entscheidung. Abg. Prot. I, 84.
6) Artikel 45 Pr. O.
7) Artikel 46 Pr. O.
8) Abg. Prot. I, 299.
9) Artikel 47 Absatz 1 Pr. O. Dieser Einsendung bedarf es nicht, wenn der Abgelehnte das Gesuch für begründet erachtet und ein Stellvertreter vorhanden ist. Ibid. Absatz 2.
10) Artikel 48 mit Artikel 35 Absatz 4 Pr. O.
11) Abg. Prot. I, 294.
12) Artikel 49 Pr. O.
13) Hauptstück XXVIII Pr. O. Abg. Prot. I, 75.
14) Artikel 50 Pr. O.

Ueber den Einfluß der Ablehnung auf das Verfahren in der Hauptsache vgl. Artikel 51, 490, 494 Pr. O. und §. 368.

II. Verfahren auf Festsetzung der Zuständigkeit [15]).

Was zunächst das Verfahren in Competenzconflicten zwischen bürgerlichen Gerichten des Königreichs [16]) betrifft, so ist

1) Hinsichtlich der Bestimmungen über die Anregung des Conflicts auf §. 113 zu verweisen. Die Anregung ist schon zulässig, wenn zwar eine richterliche Entscheidung noch nicht ergangen, dieselbe Sache aber bei verschiedenen Gerichten bereits anhängig geworden ist. Denn hier liegt mindestens ein Streit der Parteien über die Competenz vor. Argum. Artikel 34 voce „mehrere Gerichte" statt „unter mehreren Gerichten."

2) Die betreffende Vorstellung ist von der Partei, welche die Festsetzung der Zuständigkeit anregt, dem Gegentheil zuzustellen und sammt der Zustellungsurkunde und den zur Begründung des Gesuchs erforderlichen Belegen, insbesondere dem Nachweis, daß die Competenz streitig sei, auf der Gerichtsschreiberei des für die Entscheidung zuständigen Obergerichts einzureichen [17]).

Die Gegenpartei kann innerhalb einer nach Artikel 209 erweiterbaren und auch durch die Parteien [18]) verlängerbaren Frist von fünfzehn Tagen, gerechnet von Zustellung des Gesuchs, ihre Bemerkungen mit den erforderlichen Belegen daselbst [19]) einreichen [20]). Ist dies unterblieben, so kann die Einreichung noch von Amtswegen im Ersetzungswege veranlaßt werden [21]).

3) Ist die bezeichnete Frist abgelaufen, so entscheidet das Obergericht nach schriftlicher Vernehmung des Staatsanwalts, falls ein solcher am Gerichte aufgestellt ist [22]).

Das die Zuständigkeit festsetzende Erkenntniß wird durch den Staatsanwalt, bei Handelsappellationsgerichten durch den Gerichtsvorstand in Ausfertigung [23]) dem für zuständig erklärten und den sonst am Conflicte betheiligten Untergerichten mitgetheilt. Den Parteien ist durch den Gerichtsschreiber des als zuständig erkannten Gerichts schriftlich oder auf Anmelden mündlich gegen Bescheinigung Kenntniß zu geben, auf Verlangen Einsicht zu gestatten, sowie gegen Entrichtung der Schreibgebühren Abschrift zu ertheilen [24]).

---

15) Artikel 33—37 Pr. O.; Artikel 4 und 113 des Einf. Ges. z. Pr. O. Vgl. §. 77 Ziffer I und §. 78, dann §. 113.
16) Artikel 22 des Competenzconflictgesetzes ist durch Artikel 115, 118 des Einf. Ges. zur neuen Pr. O. aufgehoben.
17) Artikel 35 Absatz 1 Pr. O.
18) Nicht durch das Gericht. Abg. Prot. I, 294.
19) Zustellung an den Gegner ist nicht erforderlich.
20) Artikel 35 Absatz 2 Pr. O.
21) Abg. Prot. I, 62. Vgl. Artikel 648, 650.
22) Artikel 35 Absatz 3 Pr. O.
23) Welche beim Gerichtsschreiber zu erholen ist. Die Urschrift bleibt auf der Gerichtsschreiberei des erkennenden Gerichts hinterlegt.
24) Artikel 35 Absatz 4 Pr. O. Abg. Prot. I, 61—63.

Gegen das Erkenntniß, welches die Zuständigkeit festsetzt, finden keine Rechtsmittel statt [25]).

Das Obergericht kann auf Antrag des Gesuchstellers sofort nach Einreichung der Vorstellung — vorbehaltlich der etwa gebotenen Vorsichtsverfügungen — die Einstellung des Verfahrens bei den mit der Sache befaßten Gerichten anordnen [26]).

Alle Handlungen, welche das als zuständig erklärte Gericht etwa vorgenommen hat, werden hinfällig. Es macht keinen Unterschied, ob sie vor Anregung des Conflicts oder von da ab bei allenfalls unterbliebener Suspension des Verfahrens vorgenommen sind [27]). Sache der Parteien ist es, den Streit vor dem für zuständig erklärten Gericht weiter zu betreiben.

4) Wird das Gesuch um Festsetzung der Zuständigkeit verworfen, so hat das Obergericht zugleich über die Kosten des Gesuchs und des auf seine Entscheidung ergangenen Verfahrens, — aber nicht über die bei den betreffenden Untergerichten erwachsenen Kosten zu erkennen d. h. solche dem Gesuchsteller zu überbürden.

Im entgegengesetzten Falle bleibt die Entscheidung über sämmtliche bisher erwachsenen, also sowohl die durch den Conflict verursachten als die bei dem für zuständig erklärten Gericht erlaufenen Kosten [28]) dem Endurtheil des als competent erkannten Gerichts vorbehalten.

Gleichviel endlich, ob dem Gesuche stattgegeben wird oder nicht, sind alle auf die Festsetzung der Zuständigkeit bezüglichen Eingaben, Verhandlungen, Entscheidungen und Ausfertigungen von Stempeln und Taxen frei, soweit zu letzteren die Staatskasse berechtigt wäre [29]).

Die eben erläuterten Vorschriften finden auf Competenzconflicte Anwendung, welche zwischen Gerichten in Bezug auf Gegenstände der nichtstreitigen Rechtspflege obwalten. Hiebei kann der Antrag auf Festsetzung der Zuständigkeit auch von dem Staatsanwalte des zur Entscheidung berufenen Obergerichts gestellt werden [30]) und hat die Zustellung des Gesuchs an die Gegenpartei (Artikel 35 Absatz 1 Pr. O.) in Fällen, in welchen zwischen den Betheiligten ein entgegengesetztes Interesse hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit nicht besteht, zu unterbleiben [31]).

Endlich finden die unter Ziffer 1—4 dargestellten Vorschriften entsprechende Anwendung auf den Fall, in welchem die Festsetzung der Zuständigkeit zur Constituirung des Gerichtsstandes der materiellen Connexität nothwendig wird [32]).

III. Verfahren auf Uebertragung der Competenz [33]).

---

25) Artikel 35 Absatz 5 Pr. O. Abg. Ref. II, 19; R. Prot. I, 102—105.

26) Artikel 36 Pr. O. Die Anordnung ist in gleicher Weise den betheiligten Gerichten und Parteien mitzutheilen, wie die Entscheidung über den Conflict.

27) Abg. Prot. I, 63.

28) Abg. Prot. I, 63.

29) Artikel 37 Pr. O. Artikel 24 Competenzconfl. Ges.

30) Mag dieser blos von Amtswegen handeln oder durch ein betheiligtes Untergericht oder eine Partei veranlaßt werden.

31) Artikel 4 Absatz 2 Einf. Ges. z. Pr. O.

32) Artikel 33 und 34 Pr. O. Verweisung Das Nähere bezüglich dieses Gerichtsstandes in Buch VIII.

33) Verweisung. Artikel 54 Pr. O. Vgl. §. 77 Ziffer II und §. 114.

Die Vorstellung einer Partei um Verweisung einer Sache von dem an sich zuständigen Gerichte an ein anderes Gericht von gleicher Ordnung ist durch das vorgesetzte Obergericht nach Vernehmung des Staatsanwalts, wenn ein solcher an demselben aufgestellt ist, zu verbescheiden. Ein Rechtsmittel findet gegen die Entscheidung nicht statt. Das die Zuständigkeit festsetzende Erkenntniß wird durch den Staatsanwalt — falls ein solcher am Gerichte nicht aufgestellt ist, durch den Gerichtsvorstand — den betreffenden Untergerichten mitgetheilt. Den Betheiligten ist durch den Gerichtsschreiber des als zuständig erkannten Gerichts Kenntniß zu geben [34]). Dringliche Verfügungen können unmittelbar von dem vorgesetzten Gerichte getroffen werden [35]).

IV. Beweis zum ewigen Gedächtniß [36]).

Will eine Beweisaufnahme ohne alle Beziehung auf irgend ein bestehendes oder in Aussicht genommenes contentiöses Verhältniß, also ohne bestimmten Proceßgegner lediglich deshalb erwirkt werden, weil der Petent es in seinem Interesse findet, zu einem beliebigen Zweck gewisse Thatsachen oder Erklärungen constatiren zu lassen: so kann dies lediglich durch notarielle Beurkundung geschehen. Dies gilt selbst für Fälle stattgehabter Beschädigungen ꝛc., wenn ein Thäter unbekannt, folglich eine bestimmte Gegenpartei nicht gegeben ist.

---

34) Artikel 54 mit Artikel 35 Absatz 4 Pr. O.
35) Artikel 54 Absatz 4 Pr. O.
36) Quellen zu Artikel 347 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 124—126.
Abg. Prot. II, 168, 331, 332, 356, 451—452.
R. Ref. I, 21.
R. Prot. II, 116.
Quellen zu Artikel 348 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 124—126.
Abg. Prot. II, 168, 331, 332, 356, 452.
R. Ref. I, 21.
R. Prot. II, 116.
Quellen zu Artikel 349 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 124—126; III, 45.
Abg. Prot. II, 168, 331—332, 356—357, 452; IV, 90, 135.
R. Ref. I, 21; II, 146.
R. Prot. II, 116; IV, 43.
Quellen zu Artikel 350 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 124—126.
Abg. Prot. II, 168, 332, 357, 452.
R. Ref. I, 21.
R. Prot. II, 116.
Quellen zu Artikel 351 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 124—126.
Abg. Prot. II, 168, 332, 357.
R. Ref. I, 21.
R. Prot. II, 116.
Quellen zu Artikel 352 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 124—126.
Abg. Prot. II, 168, 332, 357.
R. Ref. I, 21.
R. Prot. II, 116.

Zuläßig ist dagegen die gerichtliche Aufnahme eines Beweises auch vor der Zeit, in welcher dessen Erhebung nach der processualen Reihenfolge veranlaßt ist, wenn sie zum Zweck eines bestimmten, bereits anhängigen oder doch anhängig zu machenden Rechtsstreits stattfinden soll[37]). Die näheren Vorschriften hierüber sind folgende.

1) Bescheinigt eine Partei (Kläger oder Beklagter), daß die Vornahme eines Augenscheins (z. B. bei Viehmängeln, bei sonst drohender Veränderung, Entfernung des Streitobjects) oder die Vernehmung von Zeugen (z. B. wegen Alters, Krankheit, bevorstehender längerer Abwesenheit) oder von Sachverständigen (z. B. wenn sie bei einem unverschieblichen Augenschein beizuziehen oder zugleich über vergangene eine besondere Sachkunde erheischende Thatsachen und Zustände d. h. als Zeugen zu vernehmen sind) bei Gefahr des Verlustes dieser Beweis- oder Gegenbeweismittel oder bei Gefahr wesentlicher Erschwerung ihrer Benützung keinen Aufschub duldet: so kann sie die vorsorgliche Erhebung derselben, soweit solche gefährdet sind[39]), mittels einfacher Vorstellung verlangen, ehe im Proceß zur Beweisführung geschritten wird, und selbst vor Einleitung des Rechtsstreits[40]). Die Bescheinigung kann durch Zeugnisse und Behelfe jeder Art erbracht werden. Für die Bescheinigungspflicht des Gesuchstellers macht es keinen Unterschied, ob die Erhebung vor oder nach Einlassung auf die Hauptsache stattfinden soll.

Das Gesuch ist bei dem Gerichte anzubringen, bei welchem der betreffende Rechtsstreit bereits anhängig ist oder anhängig werden soll, während des Laufs der Berufungsfrist und nach Einlegung der Appellation bei dem Berufungsgerichte. Bei besonders dringender Gefahr kann das Gesuch an jedes Bezirks- oder Einzelngericht gebracht werden, welches den Beweis ohne Verzögerung zu erheben vermag[41]); dieses wird auch gelten, wenn das Gesuch während des Laufs der Nichtigkeitsbeschwerdefrist oder nach Erhebung des Cassationsrecurses (eventuell) zu stellen ist.

In der Vorstellung sind die bezügliche Streitsache, die eine vorzeitige Beweisaufnahme veranlassenden Umstände, die Thatsachen, worüber Beweiserhebung beantragt wird, die zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen und das Augenscheinsobject genau zu bezeichnen. Die zur Bescheinigung der Gefahr dienenden Behelfe sind der Vorstellung beizufügen[42]).

Erscheint das Gesuch als zuläßig, so ist sofort und ohne Ver-

---

37) Abg. Ref. II, 125—126; Abg. Prot. II, 168.
38) Vgl. Abg. Prot. II, 168.
39) Nicht auch etwa in Verbindung damit, die Erhebung anderer für denselben Zweck allenfalls zu Gebot stehender Beweismittel. Selbstverständlich sind ferner nur erhebliche Beweismittel u. Beweisartikel ꝛc. zuzulassen. Zu große Strenge wäre freilich nicht räthlich, weil sich zur Zeit die Relevanz einer Aussage schwer bemessen läßt.
40) Artikel 347 Pr. O.
41) Artikel 348 Absatz 1 u. 2 Pr. O.
42) Artikel 348 Absatz 3 und 4 Pr. O.

nehmung des Gegners[43]) die Beweisaufnahme zu verfügen. Rechtsmittel greifen hiegegen nicht Platz. Wird das Gesuch (selbstverständlich unter Verurtheilung des Imploranten in die Kosten) abgewiesen, so findet das Rechtsmittel der Beschwerde zum vorgesetzten Obergericht[44]) wenigstens dann statt, wenn die Abweisung durch ein Gericht erster Instanz erfolgt ist[45]).

2) Die Beweisaufnahme geschieht, wenn das Gericht, welches sie zugelassen hat, ein Collegialgericht ist, immer[46]) durch einen beauftragten Richter.

Zu der für die Beweisaufnahme festgesetzten Tagfahrt hat der Beweisführer seinen Gegner unter abschriftlicher Mittheilung der Vorstellung und der vom Gerichte darauf ergangenen Verfügung rechtzeitig vorladen zu lassen, damit er vom Zwecke der Tagfahrt unterrichtet[47]) und ihm möglich gemacht sei, dort zu erscheinen. Man kann im Hinblick auf Artikel 352 darüber verschiedener Ansicht sein, ob die Rechtzeitigkeit der Ladung und Mittheilung des Beschlusses und der Vorstellung[48]) die Einhaltung der gewöhnlichen Fristen (Artikel 331, 338, 412, 530) bedinge. M. E. ist die Frage zu verneinen. Andernfalls wäre die Nothwendigkeit der Vorschriften des Artikel 351, so wie gegeben, stark zu bezweifeln, u. a. U. aber keinem Zweifel unterworfen, daß das ganze Verfahren für viele Fälle zwecklos wäre, weil sie solchen Aufschub nicht dulden. Dieses konnte das Gesetz nicht wollen. Vorladung und Mittheilung muß eben so zeitig geschehen, daß dem Gegner nach vernünftigem Ermessen die Möglichkeit bleibt, der Ladung zu folgen[49]).

Vorstellung und Beschluß sowie die Vorladung des Gegners sind dem über die Beweisaufnahme zu errichtenden Protokoll beizufügen. Letzteres bleibt bei dem Gerichte, welches den Beweis aufgenommen hat, hinterlegt, ist aber in Urschrift an das Proceßgericht abzugeben, wenn dieses auf Antrag der einen oder anderen Partei (auch des Gegners des Gesuchstellers) die Ablieferung veranlaßt[50]).

Wird ein zum ewigen Gedächtniß aufgenommener Beweis im Rechtsstreite benützt, so sind dem Gegner alle Einreden gegen Zulässigkeit, Form und Inhalt der Beweisaufnahme vorbehalten, gleichviel ob er bei dieser anwesend war oder nicht.

Jede Partei ist berechtigt, im Proceß die nochmalige Erhebung oder Ergänzung des zum ewigen Gedächtniß aufgenomme-

43) Abg. Prot. II, 168. Vgl. Artikel 644 ff. Pr. O.
44) Abg. Ref. III, 45.
45) Artikel 349 Pr. O.
46) Abg. Prot. II, 168.
47) Abg. Prot. II, 168.
48) Loco der Zustellung des Interlocuts und der Zeugendenomination.
49) Ist freilich die Vorladung des Gegners rc. ganz unterblieben, sei es auch in einem dringenden Falle, so möchte fraglich sein, ob und welcher Werth der Beweiserhebung, die allerdings selbst unter solchen Umständen nicht unterlassen werden darf, beizulegen sei. Dies zu beurtheilen, steht dem in der Hauptsache entscheidenden Gerichte zu.
50) Artikel 350 Pr. O.

nen Beweises, soweit sie noch möglich ist, zu beantragen resp. zu verlangen [51]).

Im Uebrigen finden die allgemeinen Bestimmungen über das Beweisverfahren und die besonderen über die Aufnahme von Augenscheins-, Zeugen- und Sachverständigen-Beweis auf den Beweis zum ewigen Gedächtniß Anwendung [52]). Namentlich gilt dies auch von Anständen, welche sich gelegentlich der Beweisaufnahme vor dem beauftragten Richter ergeben. Artikel 342.

3) Die Kosten, welche auf Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß erwachsen, muß der Implorant vorschießen. Gleichviel, ob sich die Beweiserhebung als von Belang im Rechtsstreit erweist oder nicht: so ist über die Tragung bezw. den Ersatz der bezüglichen Kosten endlich mitzuentscheiden. Ergibt sich, daß die Beweisaufnahme wenigstens nicht zum ewigen Gedächtniß veranlaßt war: so bleiben die Mehrkosten dem Imploranten zur Last [53]).

V. Das Verfahren nach Artikel 538 der Proceßordnung [54]).

Das Handelsgesetzbuch gestattet [55]) für gewisse Fälle zur Sicherung von Rechten oder Einreden 2c. bei drohendem Ausbruch eines Processes eine Art Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß durch vorläufige Besichtigung von Waaren oder sonstiger Gegenstände und durch Constatirung des Zustandes derselben. Das hiebei einzuhaltende Verfahren regelt Artikel 538 der Pr. O. [56]).

Das Gesuch um eine Beweisaufnahme der bezeichneten Art bezw. um Ernennung der Sachverständigen und Erhebung des Gutachtens 2c. ist an das Handelsgericht des Orts, wo die Waare oder der Gegenstand sich befindet, oder, falls im Bezirke des Einzelngerichts, zu welchem der Ort gehört, kein Handelsgericht seinen Sitz hat, an das betreffende Einzelngericht zu richten [57]). Dieses ist also auch zuständig, wenn sich zwar am Orte seines Sitzes ein Handelsgericht befindet, der letztbezeichnete Ort aber zum Sprengel des Einzelngerichts nicht gehört [58]).

Das Gesuch muß den Sachverhalt kurz angeben, die Umstände, welche die Einleitung dieses Verfahrens rechtfertigen, anführen und die bezüglichen Gegenstände bezeichnen.

Es kann von der Partei selbst oder einem beliebigen Bevollmächtigten derselben schriftlich eingereicht oder auf der Gerichtsschreiberei zu Protokoll erklärt werden [59]).

---

51) Artikel 351 Pr. O.
52) Artikel 352 Pr. O.
53) Abg. Prot. II, 168.
54) Quellen zu Artikel 538 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 279, 280—281, 353, 376.
R. Prot. II, 259.
55) Vgl. insbesondere Artikel 348, 365 und 407.
56) Abg. Prot. II, 168, 280.
57) Artikel 538 Absatz 1 Pr. O. Vgl. Artikel 348 Absatz 3 und Artikel 407 Absatz 2 HGB.
58) Abg. Prot. II, 281. Lagert z. B. die Waare an einem zum Landgericht Augsburg gehörigen Ort, so ist dieses Landgericht anzugehen.
59) Artikel 538 Absatz 2 Pr. O.

Bei den Handelsgerichten erfolgt die Verfügung auf das Gesuch[60]) d. h. die Ernennung der Sachverständigen, die Bezeichnung des Richtercommissärs für deren Einweisung und Beeidigung, sowie die Fixirung der bezüglichen Tagfahrt [61]) in geheimer Sitzung, — in dringenden Fällen nach Ermessen des Gerichtsvorstands durch diesen, bei den Einzelngerichten durch den einschlägigen Einzelnrichter. In der Regel sind drei Sachverständige zu ernennen, bei unbedeutenden Gegenständen genügt einer [62]).

Die Verfügung ist in Urschrift durch den Gerichtsschreiber dem Gesuchsteller behufs Ladung der Sachverständigen 2c. mitzutheilen. Diese können nicht abgelehnt, doch etwanige Erinnerungen in persönlicher Beziehung seiner Zeit bei der Verhandlung geltend gemacht werden [63]).

Die Sachverständigen sind durch den aus den Mitgliedern des Handelsgerichts zu bestellenden Richtercommissär bezw. durch den Einzelnrichter über ihren Auftrag zu belehren resp. in ihr Geschäft einzuweisen und, falls sie nicht schon zu Begutachtungen dieser Art im Allgemeinen in Pflicht genommen sind, zu beeidigen (Artikel 443) [64]). Hierüber ist Protokoll aufzunehmen.

Vernehmung der Gegenpartei über das Ansuchen und die Vorladung derselben zur Einweisung oder Untersuchung ist nur nöthig, wo das Handelsgesetzbuch dies vorschreibt [65]). Vgl. z. B. Artikel 407 Absatz 5. Diesen Falls ist das Gesuch vorerst der Gegenpartei mit der Aufforderung mitzutheilen, binnen bestimmter kurzer Frist ihre Gegenerinnerungen auf der Gerichtsschreiberei abzugeben.

Die Einsichtnahme und Untersuchung der Sachverständigen richtet sich nach den Weisungen des Richters und den Umständen des Falles. Das Gutachten ist nach den allgemeinen Vorschriften (Artikel 445) einzurichten. Es wird von den Sachverständigen, falls sie nicht die schriftliche Abgabe vorziehen, auf der Gerichtsschreiberei zu Protokoll erstattet und bleibt im einen wie im andern Falle dort aufbewahrt, bis das Gericht, bei welchem über den Gegenstand ein Rechtsstreit anhängig wird, die Ablieferung veranlaßt [66]).

---

60) Unter Umständen ist der Gegner vorher zu hören. Vgl. weiter unten.

61) Wäre Letzteres unterblieben, so hat der Commissär auf Ansuchen nachträglich die Tagfahrt festzusetzen.

62) Artikel 538 Absatz 3 Pr. O.

63) Um Weitwendigkeiten abzuschneiden. Abg. Prot. II, 280.

64) Artikel 538 Absatz 4 Pr. O.

65) Artikel 538 Absatz 5 Pr. O.

66) Artikel 538 Absatz 6 Pr. O.

# VII. Buch.

# Von den Rechtsmitteln.

## I. Abschnitt.

# Ordentliche Rechtsmittel.

# I. Hauptstück.

# Berufung.

## I. Capitel.

## Voraussetzungen der Berufung.

### §. 420 [1]).

Von den verschiedenen Arten der Rechtsmittel [2]) im Allgemeinen, von ihrem Verhältniß zum Einspruch und zur Incidentrestitution, von dem Wirkungskreis und der Zuständigkeit der Rechtsmittelgerichte wurde in den §§. 67—76, 86, 87 und 380 gehandelt.

Gestattet auch das Gesetz eine Mehrzahl von Rechtsmitteln, so sind dieselben doch im concreten Fall von derselben Partei nicht neben, sondern nur nach einander benützbar. So ist die Wiederaufnahmsklage erst zulässig,

---

1) Quellen zu Artikel 682 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 299—300, 301—302.
Abg. Prot. III, 3, 5—6, 8, 9, 77, 82—86, 120—121, 130.
R. Ref. I, 117, 123.
R. Prot. III, 4—6.

Quellen zu Artikel 683 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 301—302; III, 65—66.
Abg. Prot. III, 8—9, 77, 82—86, 92—93, 130; IV, 171—172, 182.
R. Ref. I, 118, 124—125; II, 216—218.
R. Prot. III, 6—11; IV, 73.

Quellen zu Artikel 722 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 301—302.
Abg. Prot. III, 10, 80, 98, 133.
R. Prot. III, 19.

2) Verzögerung oder Verweigerung der Justiz als bloße Unterlassung pflichtmäßiger Thätigkeit ist, so lange sie nicht positiven Ausdruck in einer abweisenden Entscheidung gefunden hat, nicht Gegenstand eines Rechtsmittels, sondern nur der sogenannten Protractsbeschwerde §§. 8, 21. Auch die sog. Syndicatsklage (§. 53) ist kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne.

wenn durch Einspruch oder Berufung Abhilfe nicht möglich[3]), die Nichtigkeitsbeschwerde erst, wenn alle übrigen statthaften Rechtsmittel erfolglos gebraucht worden sind[4]).

Zwischen Berufung und Einspruch, Beschwerde und Gegenvorstellung steht gegebenen Falls derselben Partei allerdings die Wahl zu; doch können je beide Rechtsmittel nicht zugleich angewendet werden[5]). Ist gegen ein Versäumungsurtheil von einer Partei Einspruch, von einer andern Berufung erhoben, so bleibt[6]) die Verhandlung und Entscheidung über die Berufung bis zur Erledigung des Einspruchs ausgesetzt[7]). Erfolgt diese Erledigung dahin, daß auf contradictorische Verhandlung der Einspruch au fond für begründet oder unbegründet erkannt wird, so fällt jene Berufung hinweg; gegen dieses Einspruchsurtheil aber ist Berufung zulässig. Wird der Einspruch als unzulässig verworfen, so tritt die Berufungseinlegung in Wirksamkeit. Selbstverständlich kann dann auch der Einspruchskläger gegen die Abweisung des Einspruchs appelliren und seine bezügliche Berufung wird mitverhandelt.

Von den ordentlichen Rechtsmitteln ist das der Gegenvorstellung weder devolutiv noch suspensiv, das der Beschwerdeführung in der Regel devolutiv[8]), ausnahmsweise nicht devolutiv[9]); dagegen nur in bestimmten Fällen suspensiv, in allen andern nicht suspensiv[10]); die Berufung endlich ist immer ein devolutives und in der Regel auch ein suspensives Rechtsmittel[11]).

Der Voraussetzungen, unter welchen Berufung zulässig ist, sind drei: eine an sich appellable Entscheidung (§. 420), eine berufungsberechtigte Partei (§. 421) und der Nichteintritt der Rechtskraft des Urtheils (§. 422).

I. Berufung findet nur gegen Endurtheile statt[12]). Welche Entscheidungen zu den Urtheilen zählen, bez. nicht zählen, ist in den §§. 67, 233 und 433 gesagt.

Unter Endurtheil versteht Artikel 682 Absatz 1 der Pr. O. jede den gegenwärtigen Proceß (actio in formalem Sinne) beendigende Entscheidung.

Ihren Gegensatz bildet das auf Fortsetzung dieses Processes lautende Urtheil; proceßleitender Bescheid, Zwischenurtheil. Als solche erscheinen also nicht blos Vertagungs- und Beweis-, sondern an sich auch Eidesinterlocute[13]). Der proceßleitende Bescheid in diesem Sinne charakterisirt sich dadurch, daß er nicht einen endlichen Ausspruch für das bestrittene Recht oder den dermaligen Streit gibt, sondern für eine solch' endliche Er-

3) Artikel 766 Pr. O.
4) Artikel 795 Absatz 2 Pr. O.
5) Artikel 310, Artikel 694, Artikel 755 Pr. O.
6) Ein Urtheil darüber, daß gegebenen Falls das Verfahren auszusetzen sei, ist nicht zu erlassen. Die Aussetzung greift kraft Gesetzes Platz. Abg. Prot. III, 98.
7) Artikel 722 Pr. O.
8) Vgl. Artikel 739 Absatz 1 und Artikel 564 Pr. O.
9) Vgl. Artikel 739 Absatz 2, Artikel 292 Absatz 1, Artikel 430 Absatz 4, Artikel 432 Absatz 2, Artikel 443, Artikel 634 Pr. O.
10) Artikel 742 Pr. O.
11) Vgl. Artikel 699—702, Artikel 268, Artikel 513, Artikel 549 Pr. O.
12) Artikel 682 Absatz 1, Artikel 724 Absatz 1 Pr. O. Ueber die Sonderbestimmungen im Schiedsprocesse, die hier außer Betracht bleiben, vgl. Artikel 1327 und Artikel 1340 Pr. O.
13) Vgl. §§. 233, 235, 344, 363.

ledigung nur eine vorbereitende Unterlage schafft. Daher kommt er auch, was die Berufung betrifft, nicht für sich, sondern lediglich in Verbindung mit der endlichen Entscheidung und nur soweit in Betracht, als er für dieselbe überhaupt von Einfluß war. Entsprechend seiner Eigenschaft als bloßer Unterlage einer appellablen Entscheidung bildet endlich seine schließliche Bekämpfung nicht eine Beschwerde für sich, sondern ein Mittel (Motiv) für die Appellation gegen das Endurtheil.

Der Begriff des Endurtheils nach bayerischem Recht ist weiter als der gemeinrechtliche. Im Sinne des gemeinen Rechts ist Endurtheil (sententia definitiva) jede richterliche Entscheidung darüber, ob und inwieweit der im fundamentum actionis proximum behauptete und in der Sachbitte der Klage verfolgte Rechtsanspruch existire oder nicht. Hienach fallen Urtheile, welche nur die erhobene Klage abweisen, ohne den geltend gemachten Anspruch zu verwerfen, nicht unter den Begriff des Endurtheils.

Die bayerische Proceß-Ordnung zählt selbst Entscheidungen der letzteren Art den Endurtheilen zu. Der Grund ist, weil damit, wenn auch eine Klagestellung über denselben Anspruch nicht ausgeschlossen, doch der gegenwärtige Proceß beendigt wird[14]). Es gehören also hieher insbesondere Klagsabweisungen wegen Incompetenz, zur Zeit, wie angebracht[15]), Urtheile, welche aussprechen, daß der Kläger als von diesem Processe abstehend zu erachten sei[16]). Daß solchen Entscheidungen ein Zwischenurtheil vorhergehen kann, versteht sich von selbst, z. B. ein Beweisinterlocut über jene Thatsachen, welche die Territorialcompetenz des angegangenen Gerichts begründen sollen.

Indem übrigens das bayr. Recht beim gemeinrechtlichen Begriffe des Endurtheils nicht stehen bleibt, besteht die Abweichung doch nur darin, daß es neben die Endurtheile im gemeinrechtlichen Sinn eine zweite, so eben erwähnte Gattung von Urtheilen als Endurtheile stellt. Demgemäß ist das gemeinrechtliche Endurtheil als im Endurtheil nach bayr. Recht mitbegriffen, noch näher zu erläutern. Hienach wird zum Endurtheil erfordert:

1) Daß dasselbe Ausspruch darüber enthalte, ob der verfolgte Rechtsanspruch existire oder nicht.

   Es kommt also darauf an, daß der erhobene Anspruch zu- oder abgesprochen wird. Welches von beiden erkannt wird, ist gleichgiltig.

2) Inwieweit der verfolgte Anspruch zu- oder aberkannt wird, in so weit liegt ein Endurtheil vor.

   Auch ein an sich einheitlicher Anspruch[17]) kann aus verschiedenen Theilen zusammengesetzt sein, folglich bei der Entscheidung wieder in solche zerlegt werden. Ergeht nur über einen einzigen oder

---

14) Abg. Prot. III, 86.

15) Abg. Prot. I, 257—258. Vgl. §§. 289, 290, 292. Der Fall des Artikel 511 bildet eine positive Ausnahme von der Regel. Der Fall des Artikel 261 Abs. 3 gehört, was das Urtheil betrifft, welches das abgekürzte Verfahren als unstatthaft erklärt, nicht hieher. Denn es wird nicht eine Klagsabweisung, sondern nur ausgesprochen, daß die Sache im ordentlichen Verfahren weiterzuführen sei.

16) Vgl. z. B. Artikel 123 Absatz 3 mit Artikel 124, Artikel 303 Pr. O.

17) Object eines einfachen Processes im Gegensatze zur Klagenhäufung.

einige derselben endlicher Ausspruch, in Ansehung der übrigen zur Zeit gar kein oder nur proceßleitendes Urtheil: so hat doch der ersterwähnte Entscheid für sich die Natur eines Endurtheils [18]). Als Factoren eines Gesammtanspruchs in diesem Sinne können gedacht werden:

a) Die Nebenansprüche an Zinsen, Nutzungen, Entschädigungen, Kosten einerseits und der Hauptanspruch anderseits.

b) Die quantitativen Theile, in welche hinwieder nicht blos der Hauptanspruch, sondern auch jeder der bezeichneten Nebenansprüche sich arithmetisch zerlegen läßt. Anspruchstheile.

Für beide Fälle stellt das Gesetz die Regel auf: „Als Endurtheil ist auch dasjenige Urtheil zu betrachten, welches nur über einen Theil des bestrittenen Rechtsverhältnisses, d. h. insoweit es hierüber endliche Entscheidung trifft" [19]). Hiebei muß man sich vor einem Mißverständnisse hüten, das die sehr uneigentlich gebrauchten Worte des Textes: „Theil des bestrittenen Rechtsverhältnisses" nahe legen. Man hatte nur ein sogenanntes Theilurtheil, ein Urtheil über einen von mehreren Ansprüchen oder über einen Theil desselben Anspruchs, im Auge. „Theil des Rechtsverhältnisses" ist identisch mit „Theil des fundamentum agendi proximum". Dagegen verstand man hierunter keineswegs jene Thatsachen, aus welchen, wenn deren mehrere sind, zusammen derselbe Anspruch abgeleitet wird, fundamentum agendi remotum. Ein Theilurtheil liegt z. B. vor, wenn das Urtheil über eine Forderung von hundert sofort fünfzig zuspricht und über andere fünfzig Beweis auferlegt, oder wenn im Laufe des Rechtsstreites eine Partei in gewisse besondere Kosten sogleich verurtheilt wird. Klagt aber A gegen B mit der Eigenthumsklage, und es wird auf des Letzteren Einwendung, in rechtsverjährender Zeit auf entsprechenden Titel das Eigenthum ersessen zu haben, erkannt, es sei wohl der titulus possess. liquid, jedoch noch die Besitzausübung in der erforderlichen Dauer zu erproben, oder wird im Streite über eine angeblich durch Verjährung erworbene Fahrtgerechtigkeit ausgesprochen, es sei wohl die Besitzausübung in der betreffenden Zeit erwiesen, aber noch der Beweis oder Gegenbeweis über die Fehlerfreiheit der Ausübung zuzulassen: so liegt in diesen Aussprüchen kein Urtheil im Sinne des Artikel 682 Abs. 2 Pr. O.

3) Für das Endurtheil kommt es darauf an, daß der in der Sachbitte der Klage verfolgte Anspruch zu- oder aberkannt wird.

Läßt die Sachbitte ausdrücklich oder nach der Natur der Sache oder nach der gewählten Proceßart oder nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen einem weiteren Processe über denselben Gegenstand Raum: so ist gleichwohl ein Endurtheil gegeben, wenn und soweit die Entscheidung die gestellte Sachbitte endlich erledigt. Denn der gegenwärtige Rechtsstreit ist ein gegenständlich beschränkter, hat aber eben deshalb seine endliche Er-

18) Abg. Prot. III, 82.
19) Artikel 682 Absatz 2 Pr. O.

ledigung gefunden, wenn er mit einem letzten vom selben Richter unabänderlichen Ausspruche schließt.

So werden gewisse Klagen und folgerecht das Urtheil darüber auf die Existenz oder Nichtexistenz des Rechts beschränkt, vorbehaltlich der Consequenzen nach bestimmten einzelnen Richtungen; bei andern geht das Sachgesuch und der richterliche Ausspruch zugleich auf die Erfüllung einer speciellen Verbindlichkeit als Folge des erhobenen Rechtsanspruchs. Jene sind so gut Endurtheile wie diese.

Auch ist es ein Endurtheil, wenn darin dem gestellten Sachgesuche entsprechend nur der Umfang einer speciellen Verbindlichkeit im Allgemeinen begrenzt wird vorbehaltlich des Ausspruchs im Einzelnen in einem Nachproceß. Vorbehalt eines Liquidationsverfahrens.

Zu den Endurtheilen zählen endlich selbst jene Entscheidungen, welche die Existenz oder Nichtexistenz eines Anspruchs mit der Modalität aussprechen, daß ein Theil befugt sei, in einem weiteren Proceß gewisse hier außer Betracht gelassene, aber jenen Anspruch möglicher Weise alterirende Puncte zur Geltung zu bringen. Richterlicher Vorbehalt der Nachklage, richterliche Verweisung von besonderen Puncten, von Einreden „altioris indaginis“ ad separatum [20]). Hieher gehören nicht minder jene Fälle, in welchen eine solche Nachklage schon kraft Gesetzes vorbehalten ist, z. B. im Wechselproceß. Den Besitzproceß kann man dazu rechnen, insofern der spätere Ausspruch in petitorio das Resultat des Besitzstreites zu alteriren geeignet ist. Allerdings kann man auch sagen, daß der Besitzproceß eben nur den Besitz, nicht das Recht zum Gegenstand habe. Es lassen sich alle diese Fälle in den Worten des Artikel 682 Abs. 2 Pr. O.: „über einen Theil des bestrittenen Rechtsverhältnisses“ im Gegensatze zum Urtheil „über einen Theil des bestrittenen Rechtsanspruchs“ begriffen denken [21]). Jedenfalls hat sich der Gesetzgeber alle diese Urtheile als Endurtheile gedacht [22]).

4) Wenn in der obigen Begriffsbestimmung von dem in der Klage verfolgten Rechtsanspruch die Rede ist, so darf dieser Ausdruck nicht in jenem engeren Sinne genommen werden, den man damit gewöhnlich verbindet.

„Klage“ bedeutet hier jeden sachlichen Antrag, gleichviel ob er vom Kläger oder Beklagten ausgeht, ob er schon anfänglich, oder im weiteren Verlauf des Rechtsstreites erhoben wurde.

5) Wenn in die Begriffsbestimmung die Entscheidung über einen Rechtsanspruch aufgenommen ist, so ist „Rechtsanspruch“ als ein eines selbständigen sachlichen Begehrens fähiges, Rechtsverhältniß gedacht. Den Gegensatz bildet der Anspruch

---

20) Vgl. Artikel 125 Pr. O.

21) Man hüte sich übrigens den Ausdruck „Theil des bestrittenen Rechtsverhältnisses“ zu identificiren mit den einzelnen die Quelle des Rechtsanspruchs bildenden thatsächlichen Verhältnissen.

22) Abg. Prot. III, 8, 9.

oder Antrag auf Fortsetzung der Proceßführung, auf die Verhandlung, Proceßleitung in der einen oder andern Art.

Die Eigenthümlichkeit des betreffenden Sachanspruchs ändert die Natur seiner endlichen Entscheidung nicht. Deßhalb gehören zu den Endurtheilen auch jene Definitiventscheidungen, welche auf Aufforderungsklagen und auf Anträge, das Klagerecht wegen Nichterhebung der Klage für erloschen zu erklären, ergangen sind [23]).

6) Bisher war nur von dem Falle eines einfachen Rechtsstreites die Rede.

Wird aber eine Mehrzahl von Ansprüchen zu einem Verfahren verbunden, oder theilt sich der verfolgte Anspruch unter eine Mehrzahl von Berechtigten und Verpflichteten: so ist das den Sachanspruch oder die Verbindlichkeit auch nur eines Proceßbetheiligten zu- oder absprechende Urtheil insoweit ein Endurtheil. Dasselbe gilt von dem Urtheil, welches von einer Mehrzahl von selbständigen Ansprüchen nur den einen oder andern zur Zeit zu- oder abspricht [24]).

Gleichgiltig ist hiebei, in welcher Form die Proceßconnexion auftritt und zu welcher Zeit sie eintritt, ob schon ursprünglich, oder erst im Verlaufe des Verfahrens oder selbst dem Hauptstreite vorgängig.

So ist nicht blos dasjenige ein Endurtheil, welches für sich allein den Sachanspruch des Widerklägers, eines Streitgenossen (einfache subjective Klaganhäufung), von mehreren Ansprüchen einen (einfache objective Klaganhäufung) zu- oder abspricht, — sondern auch jenes, welches über den Gewährschaftsanspruch, den Anspruch des Hauptintervenienten oder über ein sachliches Incidentbegehren [25]) endlich erkennt (uneigentliche Klaganhäufung). Die Proceß-Ordnung spricht in einzelnen Fällen die Anwendung dieses Princips ausdrücklich aus. Man muß sich aber hüten, hieraus die Folgerung zu ziehen, als sollten damit Ausnahmen von der Regel des Artikel 682 angedeutet werden. Es wird durch dergl. ausdrückliche Bestimmungen nur möglichen Zweifeln über den Umfang der Regel vorgebeugt.

So erklären sich nicht wenige Stellen des Gesetzbuchs, vor Allem Artikel 638 Abs. 1 betreffend die Urtheile, wodurch Vorsichtsverfügungen getroffen oder verweigert werden. Sie sind selbständig appellable Endurtheile nach Artikel 682, gleichviel ob sie dem Hauptprocesse vorgängig oder während seines Laufs oder

---

23) Artikel 577.

24) Theilurtheil in diesem Sinn. Vgl, Artikel 682 Absatz 2 Pr. O. init.

25) Also ein nicht blos das Verfahren betreffendes Incidentbegehren. Das Urtheil über die Aechtheit oder Falschheit einer Urkunde im Fall des Art. 528 Pr. O. ist ein Endurtheil. Ein definitives Urtheil über den Editionspunct zwischen den Hauptparteien möchte nicht als selbständig appellabel anzusehen sein. Artikel 486 beweist hieher Nichts. Denn er hat sachliche und processuale Incidentbegehren zum Gegenstand. Vgl. auch Sammlung oberstrichterl. Entscheidungen Bd. I Nr. 49.

während eines Executionsverfahrens ergehen. Daß das Gesetz solche Provisionalurtheile als berufungsfähige Endurtheile betrachtet, geht klar aus dem Gegensatz der Absätze 1 und 2 des Artikel 638, aus der Bestimmung des ersten Absatzes dieses Artikels, wonach die allg. Bestimmungen i. e. jene des Artikel 682 Platz greifen, endlich aus der Beschränkung der Ziffer 2 des Artikel 683 auf vorsorgliche Verfügungen hervor.

Ebenso bilden die gemäß Artikel 125 und 127 der Pr. O. über den Anspruch auf Sicherheitsleistung und über Zulänglichkeit der angebotenen Mittel ergangenen Entscheidungen Endurtheile.

Dasselbe gilt für die gleichen Entscheidungen in anderen Fällen, in welchen wegen Wiedererstattung eines Streit- oder Executionsgegenstandes oder für den durch eine Vollstreckung oder den Vollzug einer Vorsichtsverfügung verursachten Schaden oder zur Abwendung einer Vorsichtsverfügung Caution zu leisten ist [26].

7) Schließlich ist die allgemeine Bemerkung beizufügen, daß, um von einem Endurtheil zu reden, der bezügliche Ausspruch auch proceßförmlich ergangen sein muß.

Es ist z. B. keine endurtheilmäßige Entscheidung gegeben, wenn der Richter von der Voraussetzung ausgehend, daß ein Theil des Anspruchs jetzt schon als liquid oder abfällig erscheine, über den andern Theil ein Beweisverfahren eröffnet, ohne über die Liquidität oder Verwerfung des ersteren zur Zeit einen Ausspruch (Verurtheilung oder Abweisung) zu erlassen [27]. Dasselbe gilt, wenn der Richter auf Beweis interloquirt hat, während eine Partei sofortige Verurtheilung oder Abweisung in der Sache ohne weitere Fortführung des Processes als veranlaßt erachtet [28]), — oder wenn das Gericht dem Antrage auf einstweilige Verurtheilung unter Verweisung gewisser Puncte altioris indaginis ad separatum keine Folge gegeben hat [29]).

II. Von der unter Ziffer I dargestellten Regel finden Ausnahmen nach doppelter Richtung statt.

Gewisse Entscheidungen sind, obwohl sie wirkliche Endurtheile enthalten, der (selbständigen) Berufung entzogen; andere Urtheile erklärt das Gesetz für appellabel, obschon sie Endurtheile nicht sind [30]).

Zu den ersteren gehören nur die in Artikel 114 Absatz 2 und Artikel 879 Absatz 1 und Absatz 2, dann Artikel 115 Absatz 2 und Artikel 954

---

26) Artikel 129, Artikel 130, Artikel 615 Pr. O.
27) Abg. Prot. III, 9.
28) Abg. Prot. III, 8.
29) Abg. Prot. III, 9.
30) Diese beiden Alternativen umfassen die Worte in Artikel 682 Absatz 1: „Außer in den vom Gesetze besonders vorgesehenen Fällen." Abg. Prot. III, 9.

Nicht unter diesen Vorbehalt, sondern unter die allgemeine Regel (§. 420 Ziffer I, II, III) fallen die Fälle der Artikel 638, 787, 962 und Artikel 1271 Pr. O., da hier einfach auf die allg. Bestimmung verwiesen, nicht aber etwas Besonderes bestimmt ist.

Absatz 2 mit Artikel 965 der Pr. O. erwähnten Kostenfestsetzungsurtheile [31]).

Zu den letzteren zählen d. h. dem Endurtheil sind hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufung gleichgestellt folgende proceßleitende Urtheile:

1) Urtheile, welche die Entscheidung von einer Eidesleistung abhängig machen [32]) (bedingte Endurtheile). Vgl. §. 344, Artikel 463, Artikel 777, Artikel 799 Pr. O.

2) Urtheile, wodurch vorsorgliche Verfügungen getroffen oder verweigert werden [33]).

Es sind hierunter nicht die Vorsichtsverfügungen im eigentlichen Sinne zu verstehen (Hauptstück XXIV); denn Provisionalurtheile sind an sich Endurtheile und als solche selbständig appellabel. Siehe Ziffer I. Unter den hier bezeichneten vorsorglichen Verfügungen sind vielmehr die sonstigen vom Gerichte während des Proceßlaufs getroffenen provisorischen Maßregeln zu verstehen. Vgl. §. 399 init. [34]). Der Grund, warum diese ihrer Natur nach proceßleitenden Verfügungen ausnahmsweise für selbständig appellabel erklärt sind, liegt darin, daß die Anfechtung eines solchen gelegentlich der Berufung gegen das Endurtheil in der Regel Zweck oder Wirkung nicht mehr haben, auch ein Causalnexus meistens fehlen würde.

3) Urtheile, in welchen das Gericht ausgesprochen hat, daß erst nach Entscheidung eines andern Rechtsstreits oder nach Beendigung eines Administrativ- oder Strafverfahrens in der Sache weiter verhandelt werden solle [35]), m. a. W. Urtheile im Sinne des Artikel 190 Absatz 2 und Artikel 191 der Pr. O. Auf andere Fälle ist diese Bestimmung nicht auszudehnen.

4) Urtheile, welche eine gerichtsablehnende Einrede verwerfen [36]), — mit Ausnahme jedoch derjenigen, welche die Summenincompetenzeinrede zurückweisen [37]). Auch die Verwerfung sonstiger proceßhin-

---

31) Die allgemeinen Bestimmungen sind nicht zu verwechseln mit der Vorschrift des Artikel 686 der Pr. O. Hier ist von der summa appellabilis als Bedingung der Appellation überhaupt die Rede, dort ist nur die Frage entschieden, daß im Kostenpunct nicht vor definitiver Erledigung der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt werden darf. — Der Fall des Artikel 268 Absatz 1 der Pr. O. gehört nicht hieher. In diesem Absatze ist von einem jugement souverain die Rede, gegen welches auch nicht in Verbindung mit dem weiteren Urtheil Beschwerde geführt werden kann (unselbständige Berufung). Vgl. §. 422. — Ebenso wenig gehören hieher die Urtheile, welche die Einlassung von der Leistung einer Proceßkostencaution abhängig machen oder den bezüglichen Cautionsanspruch abweisen, da sie nur den Gang der Procedur, die Verpflichtung des Beklagten betreffen, sich auf den Streit einzulassen. Darum wird ihrer in Artikel 124 als solcher Urtheile, gegen welche selbständige Berufung nicht zulässig ist, i. e. als proceßleitender Urtheile erwähnt. — Auch die Bestimmung des Artikel 439 Absatz 3 gehört nicht hieher, da dieselbe von einem Urtheil über Zulassung bezw. Nichtzulassung eines Beweismittels, also von einem proceßleitenden Bescheide spricht.

32) Artikel 683 Ziffer 1 Pr. O.

33) Artikel 683 Ziffer 2 Pr. O.

34) Abg. Prot. III, 38 ff., 82.

35) Artikel 683 Ziffer 3 Pr. O.

36) Artikel 187. Vgl. Abg. Prot. I, 257—258.

37) Artikel 188 Absatz 6. Vgl. §. 47, 111, 289, 291, 292, 389.

dernder Einreden ist nicht Gegenstand selbständiger Berufung. Vgl. hierüber Abg. Prot. I, 258; Abg. Ref. II, 76.

Ist von Seite der Parteien die Zuständigkeitsfrage gar nicht angeregt und vom Richter unter der stillen Voraussetzung, daß er zuständig sei, interloquirt m. a. W. ein wirkliches Urtheil über den Competenzpunct nicht erlassen worden: so kann wohl die Zuständigkeitsfrage in die Berufung gegen das seinerzeitige Endurtheil mit hineingezogen, nicht aber wegen dieses Punctes gegen das Interlocut appellirt werden [38]). Vgl. Ziffer I i. f.

Eine eigenthümliche Stellung endlich in Ansehung der Appellabilität gibt die Proceß-Ordnung den Endurtheilen über Präjudicialsachen. Artikel 682 Absatz 2 i. f. sagt:

„Als Endurtheil ist auch dasjenige Urtheil zu betrachten, welches über eine zur vorläufigen alleinigen Entscheidung gebrachte Präjudicialsache (Artikel 190 Pr. O.) endliche Entscheidung trifft."

Für die Auslegung dieser Vorschrift ist die Geschichte ihrer Entstehung von Wichtigkeit.

Der Reg.-Entwurf [39]) erklärte als selbständig appellabel

„die endliche Entscheidung über Vorfragen, welche ein selbständiges Rechtsverhältniß betreffen."

Nach dem ersten Beschlusse des Abgeordnetenausschusses [40]) wurde diese Stelle dahin abgeändert:

„Urtheile, welche eine endliche Entscheidung über Vor- oder Zwischenfragen enthalten, welche für sich allein betrachtet Gegenstand eines selbständigen Rechtsstreites sein können" [41]).

Hiebei beließ es noch der Antrag der Subcommission zu Artikel 1 Absatz 2 Hauptstück XXVI. Wäre es hiebei auch vom Ausschusse belassen worden, so würde sich die Sache, in zwei Beispielen betrachtet, meines Erachtens wie folgt gestellt haben:

In der Forderungssache des A als Cessionar des B gegen den Schuldner C ist erkannt, die Cession sei liquid, dagegen die Existenz der Schuld zu erproben; — oder in der Forderungssache des D gegen E als Erben des F ist ausgesprochen, daß F dem D wohl 100 schuldete, aber die Erbqualität des E noch zu beweisen sei. Hier läge kein appellables Urtheil vor; denn weder über die Cession zwischen A und B, noch über die Existenz der Forderung des D gegen F könnte unter den hier aufgetretenen Parteien ein selbständiger Separat-Proceß geführt werden. Auch hat jener Ausspruch über die Existenz der Cession und dieser über den Bestand der Schuld für sich allein gar keine rechtliche Wirkung; er erhält sie erst, wenn dazu die weitere definitive Entscheidung dort über den Bestand der Schuld, hier über die Existenz der Erbqualität getreten

38) Abg. Prot. III, 9.
39) Artikel 647 Ziffer 2 Pr. O.
40) Artikel 647 Ziffer 1 Pr. O.
41) Vgl. Abg. Ref. II, 301 und Abg. Prot. III, 8.

ist. Erst gegen dieses Urtheil ist eine selbständige Appellation, aber dann in den je beiden bestrittenen Puncten zulässig.

Dagegen wäre ein appellables Urtheil gegeben, wenn im Forderungsstreite des G als Intestaterben des H gegen K dieser sich als Testamentserben des H erklärt hat und nun erkannt wird, es sei fraglicher Einwand als unbegründet zu verwerfen und G weiterhin zum Beweise über die Existenz der Forderung des H gegen K zuzulassen.

Indessen wurde bei der Discussion diese Auffassung des Beschlusses (Artikel 647 Ziffer 1 Pr. O.) nicht allseitig als zutreffend erachtet, vielmehr die Ansicht ausgesprochen, daß in allen vorbezeichneten Beispielsfällen Berufung zulässig sei. Von anderer Seite wurde bemerkt, daß, wenn obige Auffassung richtig wäre, eine Abänderung des Beschlusses veranlaßt scheine, damit jeder Partei Gelegenheit geboten wäre, durch Appellation ein voraussichtlich überflüssiges Beweisverfahren abzuschneiden. Von dritter Seite wurde endlich eine Abänderung dahin vorgeschlagen:

„Als Endurtheil ist zu betrachten ein Urtheil, welches über eine zur vorläufigen alleinigen Entscheidung gebrachte Präjudicialsache (Hauptstück V Artikel 43) endliche Entscheidung trifft."

Dieser Vorschlag wurde schließlich angenommen und ging in das Gesetz über.

Das Resultat ist hienach folgendes:

Für die Frage der Appellabilität kommt darauf nichts an, ob ein Fall der einen oder anderen Art, wie sie in obigen Beispielen aufgestellt sind, gegeben ist.

Maßgebend ist der Umstand, ob, wenn ein dergleichen Fall vorliegt [42]), das Gericht über die Präjudicialfrage allein endlich entschieden, in Ansehung der Hauptsache aber, wenn auch mitverhandelt, so doch nicht mitentschieden bezw. nicht mit auf Beweis interloquirt hat [43]). Solchen Falls ist selbständige Berufung gegen das die Präjudicialfrage entscheidende Urtheil zulässig, andernfalls nicht. Ob das Gericht über die Präjudicialfrage allein entscheiden will, steht in seinem Ermessen. Artikel 190 Absatz 1 Pr. O.

Der vom Gesetz getroffene Ausweg mag in gewissen Fällen praktisch sein. Principiell enthält er schneidende Abweichungen von jeder Regel m. a. W., er ist principlos. Nach ihm werden Urtheile, die an sich Endurtheile sind, ausnahmsweise der Berufung entzogen und Urtheile, die an sich Endurtheile nicht sind, ausnahmsweise für selbständig appellabel erklärt. Die Artikel 9, 190 und 682 Absatz 2 der Pr. O. sind der Ausdruck für eine formale Vereinigung von sich innerlich diametral entgegengesetzten Ansichten und Bestrebungen der verschiedenen Votanten.

III. Diejenigen Endurtheile, welche ausnahmsweise zwar der Berufung entzogen, (siehe oben Ziffer II Eingang), im Uebrigen aber hinsicht-

42) D. h. jedenfalls ein selbständiges Rechtsverhältniß, wovon die Entscheidung in der Hauptsache abhängt, wenn es auch zwischen den hier streitenden Theilen nicht Gegenstand eines selbständigen Rechtsstreits sein könnte.

43) Abg. Prot. III, 85.

lich ihrer Anfechtbarkeit nicht beschränkt sind, (vgl. §. 422), desgleichen jene proceßleitenden Urtheile, welche weder ausnahmsweise der Berufung unterworfen (sieh' oben Ziffer II, 1—4), noch jeder Anfechtung absolut entrückt sind (vgl. z. B. Artikel 157, Artikel 188 Absatz 6 und Artikel 261 Absatz 3, auch Abg. Prot. III, 9), nehmen in Bezug auf Abänderung eine Mittelstellung ein.

Sie beschreiten die Rechtskraft nicht, auch wenn eine Anfechtung derselben unterbleibt [44]). Selbst der Vollzug einer solchen nicht appellablen Verfügung involvirt eine freiwillige Unterwerfung nicht [45]).

Folgerecht können solche an sich proceßleitende Urtheile von den Parteien im selben Rechtszug, von einer einzigen Ausnahme abgesehen [46]), vor und durchweg nach stattgehabtem Vollzug angefochten und vom selben Richter, der sie erlassen hat, zurückgenommen oder abgeändert werden [47]), es sei denn inzwischen ein appellables Urtheil ergangen, zu dessen Unterlagen sie gehören.

Gegen die erwähnten proceßleitenden Urtheile endlich und die vorbezeichneten ausnahmsweise der Berufung entzogenen Endurtheile kann sich die Partei auch vor dem höheren Richter dadurch schützen, daß sie dieselben in Verbindung mit einem appellablen Urtheil zum Gegenstand der (späteren) Anfechtung macht [48]). Es liegt also der neuen Proceß-Ordnung derselbe Gedanke zu Grund, welcher nach dem früheren diesrh. Recht mit der Bezeichnung „nicht selbständig appellabler Verfügungen" verbunden wurde. Man vermied diesen Ausdruck nur deshalb, weil man dafür hielt, daß der Anfechtung einer nicht selbständig appellablen Entscheidung nicht eigentlich der Charakter einer Berufung innewohne, daß dieselbe vielmehr nur einen Theil des Materials für die Ausführung der Berufung gegen das Endurtheil bilde [49]). Allerdings trifft letztere Erwägung für Urtheile im Sinne der Artikel 114, 115, 879, 954 und 965 nicht ganz zu.

## §. 421 [1]).

Das Berufungsrecht steht nicht nur den bisherigen Haupt- und Nebenparteien, sondern auch Dritten zu, die bisher am Streite keinen An-

---

44) Artikel 296 Pr. O.
45) Artikel 695 Absatz 2 Pr. O.
46) Artikel 332 Pr. O.
47) Artikel 296, Artikel 332, Artikel 345 Pr. O. Vgl. auch §. 344.
48) Vgl. Artikel 686, Artikel 687, Artikel 708 Pr. O.
49) Abg. Prot. III, 82.
1) Quellen zu Artikel 684 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 300.
Abg. Prot. II, 6, 77, 86—87, 130.
R. Prot. III, 11.
Quellen zu Artikel 723 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 300.
Abg. Prot. III, 6, 80, 98, 133.
R. Prot. III, 19.
Quellen zu Artikel 765 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 331—332; III, 72—73.

theil genommen haben, gegen die aber die Wirkung des Urtheils sich erstreckt [2]). Es steht ihnen selbständig d. h. auch für den Fall zu, daß andererseits eine Berufung gar nicht ergriffen wird.

I. Zu den Haupt- und Nebenparteien gehören diejenigen Personen, welche in Iª auch formell Theilnehmer an der Proceßführung waren (§. 253 Ziffer I, 1), insbesondere:

1) Die Streitgenossen. Jeder derselben kann für sich appelliren. Die Berufung des einen hat nur bei untheilbaren Streitgegenständen Wirkung für die übrigen.

2) Die Intervenienten [3]).

Es ist aber dabei zu beachten, daß ein selbständiges Berufungsrecht nicht schon demjenigen eingeräumt ist, welcher ein zur Intervention berechtigendes Interesse hat, sondern nur demjenigen welcher auch auf Grund dessen in Iª am Streite wirklich Theil genommen, intervenirt hat. Hat er sich, obschon er ein solches Interesse hatte, im ersten Rechtszug am Streite nicht betheiligt, so kann er wohl, wenn von Seite einer Partei appellirt wird, in der Berufungsinstanz interveniren. Wird aber von keiner Partei appellirt, so kann weder er für sich selbständig appelliren, noch nachträglich interveniren. Denn die Intervention ist nur im Laufe einer Instanz möglich. Ein Rechtszug ist nicht im Gange, wenn die Sache in Iª durch Endurtheil erledigt und hingegen von keiner Partei Berufung erhoben ist. Dies gilt auch für den Fall, daß die Berufungsfrist noch im Laufe ist; denn die für die Parteien zur Zeit noch bestehende Befugniß zu appelliren, bewirkt nicht die Anhängigkeit der Sache. Diese tritt erst ein, wenn Berufung wirklich erhoben ist. Würde freilich zugleich der Fall gegeben sein, daß gegen den Interventionsberechtigten, obschon er sich am Streite nicht betheiligt hat, das Urtheil nach Artikel 294 wirkt, so hätte er aus diesem Grunde

---

Abg. Prot. III, 55—56, 109, 116, 117—118, 137; IV, 178, 190.
R. Ref. II, 238.
R. Prot. III, 29, 40—41; IV, 75.
Quellen zu Artikel 772 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 73—74.
Abg. Prot. IV, 180, 190.
R. Ref. II, 240—243.
R. Prot. IV, 77.
Quellen zu Artikel 780 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 335—336; III, 75.
Abg. Prot. III, 59, 110, 120—121, 138; IV, 180, 191.
R. Prot. III, 36, 41.
Quellen zu Artikel 780 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 340—341.
Abg. Prot. III, 64, 121, 124—125, 139; IV, 180, 181, 192.
R. Ref. II, 247.
R. Prot. III, 45; IV, 77.

2) Artikel 684 Pr. O. Vgl. Artikel 723.
3) Vgl. Artikel 67, Artikel 68 Absatz 2 Pr. O. u. §. 131.

(vgl. Ziffer II), aber nicht als Interventionsberechtigter die Befugniß zu selbständiger Appellation [4]).

3) Ueber das Berufungsrecht des Staatsanwaltes und Dritter im Eheprocesse vgl. §§. 413 und ff., dann Art. 672, 674, 678, 679, 680 der Pr. O. [5]).

II. Gegen welche Dritte die Wirkung des Urtheils sich erstreckt, obwohl sie bisher am Processe, formell betrachtet, nicht Theil genommen haben, sagt der Artikel 294 der Pr. O. Vgl. §. 253 Ziffer I, 2 und Ziffer II.

Selbstverständlich ist der Dritte, welcher für sich selbständige Berufung ergreift, hinsichtlich der Nothfrist und der sonstigen Erfordernisse an die allgemeinen Bestimmungen gebunden [7]).

Ist eine solche Berufung von einem Dritten erhoben worden, so kann (nicht muß) sowohl der Appellant als der Appellat diejenige Hauptpartei, gegen welche die Berufung nicht gerichtet ist, beiladen, um das Urtheil gegen den Adcitaten nach Artikel 65 Absatz 2 wirksam werden zu lassen, allenfalls auch wegen des Regresses oder Beweises [8]). Ein Verbindungsurtheil braucht nicht zu ergehen; denn das Urtheil wirkt gegen den Beigeladenen, auch wenn er nicht erschienen ist. Z. B. A verkauft, während er mit B über das Eigenthum eines Grundstücks processirt, die von ihm behaupteten Rechte an C. Letzterer intervenirt nicht, appellirt aber gegen das zu Gunsten des B ergangene Endurtheil. In diesem Falle kann sowohl B als C den A in der Berufungsinstanz beiladen lassen [9]). Die Beiladung hat durch Gerichtsvollzieheract zu geschehen mit der Aufforderung an den Adcitaten zur Anwaltsbestellung und Wahrung seiner Rechte durch den Anwalt in der betr. Frist oder Sitzung. Die Sachlage muß im Zustellungsacte mitgetheilt sein. Es kann dies durch Mittheilung des motivirten Antrags des Appellanten geschehen.

III. Nach französischem Civilrecht [10]) kann der Gläubiger alle Rechte und Klagen des Schuldners geltend machen, diejenigen ausgenommen, welche ausschließlich an der Person haften. Demzufolge stehen dem Gläubiger in Bezug auf diese Rechte alle die Rechtsmittel zu, von welchen der Schuldner selbst Gebrauch machen kann, z. B. das Recht, die zur Sicherung der Rechte des Schuldners dienenden Maßregeln zu ergreifen, das Recht, anstatt des Schuldners in einem Rechtsstreite zwischen dritten Personen zu interveniren, das Recht, in einem Processe, in welchem der Schuldner Partei ist, anstatt desselben eine Appellation einzuwenden ꝛc. [11]).

An dieser Befugniß ist durch Artikel 684 der Civ. Pr. O. nichts geändert. Denn der Gläubiger erscheint, wenn er davon Gebrauch macht, nicht als Dritter im Sinne des Artikel 294, sondern als Vertreter des Schuldners. Ebendeßhalb aber, weil der Gläubiger nur die Rechte seines Schuld-

---

4) Abg. Ref. II, 300; Abg. Prot. III, 6.
5) Abg. Prot. III, 6.
6) Artikel 684 Pr. O.
7) Abg. Prot. III, 86.
8) Artikel 723 Pr. O.
9) Abg. Prot. III, 6.
10) Artikel 1166 Pr. O.
11) Zachariä Handbuch des französ. Civilrechtes §. 312 Nr. 5.

ners ausübt, ist er auch ganz anders gestellt, wie ein Dritter im Sinne des Artikel 294 und 684 der Civ. Pr. O. So z. B. beginnt für den Dritten der Lauf der Berufungsfrist erst von der Zustellung des Urtheils an ihn, während der Gläubiger das Recht nicht mehr geltend machen kann, wenn es seinem Schuldner nicht mehr zusteht [12]).

## §. 422 [1]).

Auch die zur Berufung berechtigte Partei (§. 421) kann gegen ein an sich appellables Urtheil (420) Berufung nicht erheben, wenn dieses die **Rechtskraft** beschritten hat.

Die Rechtskraft des Urtheils tritt entweder **kraft Gesetzes** (jugements souverains) oder **nach Parteiwillen** ein.

I. Kraft des Gesetzes sind unabänderlich und darum auch inappellabel:

1) Die im zweiten Rechtszug ergangenen Endurtheile [2]).

Das Gesetz gewährt nur **eine** Berufungsinstanz [3]). Dies ist übrigens formell zu verstehen. Nicht für jede Frage wird eine wiederholte Aburtheilung durch ein anderes höheres Gericht garantirt; hat das Berufungsgericht als solches über irgend einen Punct gesprochen, der in erster Instanz noch nicht vorgebracht (Artikel 705 Pr. O.) oder doch nicht mitentschieden wurde (Artikel 732 Pr. O.), so findet in einem weiteren **ordentlichen** Rechtszuge eine Aburtheilung nicht mehr statt. Dagegen ist die wiederholte Entscheidung desselben Punctes durch denselben Richter (auf Einspruch oder im Falle des Artikel 283) nicht als eine Berufungsentscheidung zu betrachten. Ist sie in erster Instanz ergangen, so kann hiegegen bei gegebenen Voraussetzungen appellirt werden.

Aber auch für gewisse Erstinstanzurtheile schließt das Gesetz die Berufung ausdrücklich aus. Dahin gehören:

2) Jene Endurtheile des ersten Rechtszugs, von welchen in Artikel 31

---

12) Abg. Prot. III, 86, 87.

1) Quellen zu Artikel 685—689 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 299—300, 302—304, 305—306; III, 66.
Abg. Prot. III, 3-5, 10—11, 14, 77, 78, 87, 130, 138; IV, 172, 182.
R. Ref. II, 218—219.
R. Prot. III, 11; IV, 73.
Quellen zu Artikel 693—695 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 301—303; III, 66—67.
Abg. Prot. III, 7—8, 9, 10—11, 12—13, 14, 22—23, 78, 88, 91, 131; IV, 172—174, 183, 301—302, 370.
R. Ref. I, 125—127; II, 219.
R. Prot. III, 11—15; IV, 73.
Quellen zu Artikel 697 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 307—309; III, 67.
Abg. Prot. III, 15—17, 18—19, 27—28, 88—89, 90, 131, 439; IV, 174, 183.
R. Ref. I, 118.
R. Prot. III, 15.

2) Artikel 682 Absatz 1 Pr. O.

3) R. Ref. II, 299—309.

Absatz 6, Artikel 268 Absatz 1, Artikel 511, 777, 873, 876, 887 und in Artikel 996 der Pr. O. die Rede ist.

In diesen Artikeln sind nämlich bald überhaupt, bald in gewisser Beziehung entweder alle Rechtsmittel oder doch die Berufung insbesondere als absolut d. h. in der Art unstatthaft erklärt, daß die Beschwerde auch nicht späterhin mit einem andern Rechtsmittel verbunden werden könnte (unselbständige Berufung).

3) Berufung ist unstatthaft, wenn der Werth des Beschwerdegegenstandes bei Urtheilen der Bezirks- und Handelsgerichte nicht wenigstens 300 fl., bei Urtheilen der Einzelngerichte nicht wenigstens 25 fl. beträgt[4]). Von dieser Regel sind blos ausgenommen d. h. ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes appellabl Urtheile über Ansprüche, die eine bestimmte Schätzung nicht zulassen, Urtheile über dingliche, Besitz-, Gränzscheidungs- und Theilungsklagen, welche ausschließlich oder auch nur zum Theil unbewegliche Sachen oder diesen gleichgeachtete Rechte zum Gegenstand haben[5]), endlich Urtheile über andere, selbst persönliche aber bleibende d. h. nicht auf bestimmte Zeit oder Lebensdauer beschränkte Rechte und Gerechtigkeiten[6]), sowohl was Leistungen als Gegenleistungen betrifft. Doch wird bei allen diesen Urtheilen[7]) vorausgesetzt, daß nicht eine Streitigkeit über fixe Grundabgaben oder Besitzveränderungsreichnisse in Frage steht. Auch ist bei Streitigkeiten über Pfandrechte nur der Betrag der Forderung, für welche sie geltend gemacht werden, maßgebend[8]). Insoweit diese Vorschriften mit jenen in Artikel 5 der Pr. O. sich inhaltlich decken, ist auf das in den §§. 49—52 Gesagte zu verweisen.

Liegt ein Fall vor, in welchem die Zulässigkeit der Berufung vom Werthe des Beschwerdegegenstandes abhängt, so sind zwei Momente ins Auge zu fassen: Der Beschwerdegegenstand und sein Werthsbetrag.

a) Nicht der Streit- (summa libelli), sondern der Beschwerdegegenstand (summa gravaminis) ist maßgebend für die Zulässigkeit der Berufung[9]).

Bei der Berufung des Klägers fragt es sich, wieviel in Geld oder Geldeswerth der Appellant durch die erbetene Urtheilsabänderung unmittelbar (Antrag auf Erlassung eines Endurtheils)

---

4) Artikel 685 Absatz 1, Artikel 724 Ziffer 1 Pr. O. Bei Urtheilen der Collegialgerichte ist die Beschwerdesumme gegen früher erhöht, weil diese eine höhere Gewähr bieten, auch die Nichtigkeitsbeschwerde in ausgedehntem Maß zugestanden ist. Abg. Prot. III, 3—5.

5) Das Gesetz hat in Ziffer 2 des Artikel 695 die in Artikel 14 des diesrheinischen Not.-Ges. aufgeführten Fälle im Sinne. Abg. Prot. III, 10.

6) z. B. pfarrliche Rechte aus dem kirchl. Verband. Es kommt hiebei auch darauf nicht an, ob die Klage eine dingliche oder persönliche (aus Vertrag) ist, wenn nur das Object der Leistung ein solches Recht ist.

7) Abg. Prot. III, 88.

8) Artikel 693 Pr. O.

9) R. Ref. II, 310; Abg. Prot. III, 3. Anders das französische Recht. Abg. Prot. III, 4—5.

oder mittelbar (Antrag auf Erlassung eines Zwischenurtheils) zu erlangen sucht.

Bei der Berufung des Beklagten kommt es auf den Geld- oder Werthsbetrag an, welchen der Appellant durch die Beschwerdeführung gegen die Ansprüche seines Gegners zu behaupten strebt.

Uebrigens ist nicht der Werth maßgebend, um welchen der Appellant wirklich beschwert, sondern jener, auf den seine Beschwerde gerichtet ist[10].

Welches der Gegenstand sei, auf dessen Geldwerth es zur Ausmittelung der Berufungssumme ankommt', ist häufig zweifelhaft. Bei Seuffert a. a. O. S. 37—42 ist eine Reihe solcher Zweifelsfragen gelöst. Die dortigen Bemerkungen treffen größtentheils auch für das neue Recht zu. Doch muß berücksichtigt werden, daß darunter auch Fragen begriffen sind, bezüglich welcher die neue Pr. O. ausdrückliche und deshalb allein maßgebende Bestimmungen in den Artikeln 685 u. ff. enthält, ferner daß jene Lösungen keine Anwendung in den Fällen finden dürfen, in welchen die neue Proceß-Ordnung principiell auf einem andern Standpunct steht. Dahin gehören namentlich die in den §§. 80—85 behandelten. Hier ist bei Bemessung der Beschwerdesumme die Tragweite der Rechtskraft der betreffenden Entscheidung über den streitigen Anspruch hinaus (res judicata) in Betracht zu ziehen.

Handelt es sich um Vorfragen, welche nur für diesen Proceß von Einfluß sind, Competenzfragen, Suspension des Verfahrens (Artikel 683 Ziffer 3 Pr. O.), vorsorgliche Maßregeln (Artikel 683 Ziffer 2 der Pr. O.), Beweiszulassung ꝛc., so ist der Werth des bezüglichen Hauptgegenstandes des Processes maßgebend. Handelt es sich um Vorsichtsverfügungen im eigentlichen Sinne, um Sicherheitsleistungen nach Artikel 129, so ist der zu sichernde Werth für den Imploranten bezw. der Betrag, bis zu welchem der Implorat belastet wird, maßgebend.

b) Anlangend den Beschwerdebetrag, so ist eine Werthberechnung nur dann erforderlich, wenn der Beschwerdegegenstand nicht lediglich in einem einzigen, ausschließend eine Geldforderung bildenden Anspruch besteht[11], und wenn derselbe nicht schon im ersten Rechtszug festgestellt worden ist (Artikel 188)[12]. Diese Feststellung gilt nämlich auch für die Berechnung der Berufungssumme[13]. Die unterrichterliche Festsetzung muß durch Entscheidung, gleichviel ob im Tenor oder in den Gründen erfolgt sein. Eine gerichtliche Schätzung braucht ihr nicht zu Grunde zu liegen. Hat inzwischen der Streitgegenstand selbst Aenderungen erlitten, welche dessen Werth beeinflussen, so kann die erstrichterliche Feststellung nicht mehr maßgebend sein. Ist aber das Streitobject an sich unverändert geblieben, so ist die unterrichterliche Feststellung maßgebend, auch wenn hinterher Preis- und in Folge dessen

10) Vgl. Seuffert Comm. 2. Aufl. Bd. IV S. 35—36.
11) Vgl. §. 41 Eingang.
12) Abg. Prot. III, 87.
13) Artikel 689 Pr. O.

Werthsschwankungen von Belang an sich eingetreten wären[14]). Solche erstrichterliche Feststellungen werden übrigens die oberrichterliche Berechnung kaum sehr häufig ersparen. Denn der Beschwerdegegenstand fällt nicht immer mit dem Streitgegenstand zusammen. Auch hat es die unterrichterliche Feststellung mit andern Summen zu thun (150 fl.), als jenen, welche für den Oberrichter von Interesse sind (25 fl. und 300 fl.). Endlich wird der erste Richter, um Weiterungen abzuschneiden, sich häufig auf die Beantwortung der Frage beschränken, ob es sich um einen Werth von mehr oder nicht mehr als 150 fl. handle. Wo thunlich sollte allerdings der Unterrichter bei seiner Schätzung schon auf eine mögliche Berufung Bedacht nehmen.

Den für die oberrichterliche Werthberechnung maßgebenden Zeitpunct bildet die Verkündung des angefochtenen Urtheils. Hat der Appellat nach der Urtheilsverkündung seine Forderung beschränkt, so ist dies ohne Einfluß für die Berechnung der Berufungssumme[15]).

Anlangend die Art der Berechnung bei andern als Geldansprüchen, so gelten auch für den Oberrichter die hierüber in §. 47 im Eingang vorgetragenen Grundsätze (Artikel 4 Absatz 2)[16]).

Besteht der Beschwerdegegenstand aus mehreren Factoren, so ist zwischen den in §. 47 unter Ziffer 1—3 bezeichneten Fällen zu unterscheiden.

Zinsen, Kosten und Nutzungen[17]) sind, gleichviel ob schon vor Proceßbeginn oder während seines Laufs entstanden[18]), bei der Berechnung außer Betracht zu lassen, es sei denn, daß ihr Betrag für sich allein die Berufungssumme erreicht. Letzterenfalls kann die Berufung auch auf die an sich nicht appellable Hauptsache erstreckt werden[19]). Des Weiteren gilt, was in §. 47 unter Ziffer 1 gesagt ist. Die Fassung des Artikel 686 ist absichtlich mit jener in Artikel 3 Absatz 1 in Einklang gebracht[20]).

Besteht der Hauptanspruch selbst aus mehreren Factoren, so ist vor Allem festzuhalten, daß bei der Berechnung nur Entscheidungen des nämlichen Urtheils in Betracht kommen.

Zunächst sind die Fälle der subjectiven und objectiven Cumulation ins Auge zu fassen (§. 47 Ziffer 2). Enthält das Urtheil neben der durch die Berufung angefochtenen Entscheidung noch andere Entscheidungen, gegen welche ihrer Natur nach (§. 420) Berufung nicht zulässig ist, welche aber denselben Streitpunct betreffen oder Puncte, welche damit im Zusammenhang stehen (Artikel 708 Pr. O.), so sind die Werthe, über welche in den also zusammenhängenden Entscheidungen erkannt wurde, zur

14) Abg. Prot. III, 14.
15) Artikel 688 Pr. O.
16) Artikel 685 Absatz 2 Pr. O.
17) Und Schäden, diese in dem in Ziffer 1 des §. 47 bezeichneten Sinne genommen.
18) Abg. Ref. II, 303—304.
19) Artikel 686 Pr. O.
20) Abg. Prot. III, 12.

Bestimmung der Berufungssumme zusammenzunehmen[21]). Hiebei ist ohne Belang, ob im Verlaufe des Appellationsprocesses diese nicht selbständig appellablen Theile der Entscheidung von einer Partei zum Gegenstand von Anträgen gemacht oder vom Oberrichter attendirt werden oder allseits unberührt bleiben. Sie erwachsen kraft des Devolutiveffects mit in die höhere Instanz. Vgl. §. 425. Werden z. B. von einer Forderung zu 400 fl. sofort 200 fl. zugesprochen, während im Uebrigen auf Zeugenbeweis interloquirt wird, so ist Berufung gegen den ersten Theil der Entscheidung zulässig, obwohl dieser für sich allein die Berufungssumme nicht repräsentirt. Es soll dadurch, daß der Unterrichter ein Theilurtheil erläßt, in Fällen, in welchen ohne dieses Berufung zulässig gewesen wäre, das Appellationsrecht nicht mittelbar entzogen werden[22]). — Ist die Berufung einer Partei gegen mehrere selbständig appellable Theile eines Urtheils gerichtet, so sind die verschiedenen Werthe[23]) zusammenzurechnen, auch wenn die Beschwerdepuncte nicht in Zusammenhang stehen[24]). — Gleiches gilt, wenn die Berufung von mehreren Streitgenossen ausgegangen oder[25]) gegen eine Mehrheit von solchen gerichtet ist. Vgl. Artikel 3 Absatz 2 der Pr. O. Doch gehört hieher der Fall solidarischer Verbindlichkeiten nicht. Denn hier ist trotz einer Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten immer nur ein und derselbe Betrag oder Werth in Frage. Im Falle der Streitgenossenschaft hat übrigens die Zusammenrechnung stattzufinden, auch wenn die Berufungen nicht in einem Appellacte verbunden sind. Es genügt, daß die Hinterlegung bezw. Verhandlung in Ansehung aller einzelnen Berufungen eine gemeinschaftliche ist. (Connexion im Appellationsproceß.)

Handelt es sich endlich bei der Berufung um den in §. 47 Ziffer 3 erwähnten Fall, so findet auf die Werthsberechnung Artikel 4 Absatz 1 der Pr. O. Anwendung[26]).

II. Parteiwillen ist insofern von Einfluß auf die Berufung als eine Partei, welche auf die Appellation verzichtet hat, mit solcher nicht mehr zugelassen wird.

Die Fälle von Inappellabilität dieser Art unterscheiden sich von den unter Ziffer I erwähnten namentlich dadurch, daß die durch Verzicht auf eine zulässige Berufung entstandene Rechtskraft des Urtheils das letztere auch der Anfechtung mit der Cassationsbeschwerde entzieht, falls diese sonst statthaft gewesen wäre[27]).

Der Verzicht auf die Appellation kann in Handlungen oder Unterlassungen hervortreten.

1) Wer sich dem Urtheil ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen unterworfen hat, wird mit der Berufung dagegen nicht mehr

21) Artikel 687 Absatz 1. Vgl. Abg. Prot. III, 95 und 96.
22) Abg. Prot. III, 85, 86.
23) Auch Klags- und Widerklagswerthe.
24) Artikel 687 Absatz 2 init. der Pr. O.
25) Artikel 687 Absatz 2 i. f. der Pr. O.
26) Artikel 685 Absatz 2 Pr. O.
27) Artikel 795 Absatz 2 Pr. O.

zugelassen [28]). Ob jenes der Fall, ist bei Widerspruch mit den gewöhnlichen Probemitteln zu erweisen.

Ob der Verzicht auf die Berufung an sich wirksam sei, ist nach dem einschlägigen Civilrecht zu bemessen. Dasselbe gilt von der Frage, ob ein Verzicht auf die Appellation schon vor Erlassung des Urtheils statthaft ist. In jedem Falle wird zur Giltigkeit des Verzichts erfordert, daß der sich Unterwerfende über den Streit- bezw. Berufungsgegenstand frei verfügen kann. Ist dies nicht der Fall, so hindert eine vor Ablauf der Berufungsfrist erklärte oder bethätigte Unterwerfung die nachträgliche Appellation nicht. Allerdings kann derjenige, welcher die Absicht hat, zu verzichten, aber durch seine Lage gehindert ist, es wirksam zu thun, das gleiche Ziel erreichen, wenn er die Berufungsfrist ungenützt verstreichen läßt. Allein beide Fälle unterscheiden sich eben dadurch, daß hier nur von einer Befugniß kein Gebrauch gemacht, dort auf ein Recht von vornherein verzichtet wird [29]).

Zu den Personen, welche nicht frei oder für sich allein nicht verfügen können, gehören jene, welchen die in Artikel 58 der Pr. O. bezeichnete Fähigkeit mangelt, oder welche nach jenem Artikel besonderer Ermächtigung bedürfen, Vormünder, Curatoren ꝛc., Personen, welche wegen Mitbetheiligung des öffentlichen Interesse (Ehe-, Interdictionssachen, Gütertrennungsklagen in der Pfalz) in der alleinigen Disposition beschränkt sind ꝛc. Aber allerdings bestimmt sich die Frage ihres Verfügungsrechtes nicht sowohl nach dem Gegenstand des Processes überhaupt, als nach jenem der möglichen Berufung. Hätte es diese nur mit formalen Entscheidungen des Unterrichters (Zwischenurtheile, vergl. namentlich Artikel 463 Absatz 2 der Pr. O.) zu thun, bezüglich deren der gesetzliche Vertreter als solcher z. B. einer besondern curatelamtlichen Genehmigung ꝛc. zur Verhandlung nicht bedürfte, so möchte ihm auch ohne besondere Ermächtigung der Verzicht auf das Rechtsmittel zustehen.

Selbstverständlich bindet übrigens ein Verzicht des einen Streitgenossen auf die Berufung die übrigen auch bei untheilbarem Interesse nicht.

Als eine thatsächliche Unterwerfung unter das Urtheil ist die einfache Zustellung desselben nicht zu betrachten; denn sie geschieht nur in der Absicht, zu erfahren, wie sich der Gegner zu dem Urtheil verhalten wird [30]). Anders bei einer Zustellung mit der Aufforderung zum Vollzug, insofern hierin unzweideutig die Absicht ausgesprochen liegt, sich im fraglichen Punct und in den daraus nothwendig folgenden Consequenzen zu fügen z. B. bei Urtheilen auf Leistung vorgängig einer Gegenleistung.

Auch die einfache Vollziehung eines nach Gesetz oder richterlichen Ausspruch vorläufig vollstreckbaren, oder eines seiner Natur nach nicht (selbständig) appellablen Urtheils gilt nicht als Unter-

28) Artikel 695 Absatz 1 Pr. O.
29) Abg. Prot. III, 7 und 88.
30) Abg. Prot. III, 7. Ein ausdrücklicher Vorbehalt ist nicht nöthig. Abg. Prot. IV, 174.

werfung [31]). Endlich unterwirft sich eine Partei, deren Anspruch nur zum Theil zuerkannt wurde, dadurch, daß sie das ihr Zuerkannte annimmt oder wegen desselben die Vollstreckung einleitet, keineswegs dem Urtheile bezüglich der übrigen Theile [32]). Sonst wäre in allen solchen Fällen die dem Gläubiger in Artikel 699 gewährte Befugniß, den Vollzug eines auch nicht vorläufig vollstreckbaren Urtheils vor Ablauf der Berufungsfrist und vor Einlegung einer Appellation von gegnerischer Seite zu betreiben, illussorisch [33]). Dies gilt natürlich auch in dem Falle, wenn z. B. dem Kläger von seinem auf 700 fl. erhobenen Anspruch nur 400 fl. zuerkannt sind und hiefür die vorläufige Vollstreckung gestattet ist, während er mit dem Restbetrag von 300 fl. abgewiesen wurde [34]). Ein thatsächlicher Verzicht auf die Berufung liegt endlich darin nicht, daß bei Versäumungsurtheilen der Appellant von dem ihm zustehenden Einspruchsrechte vorher keinen Gebrauch gemacht hat [35]). Denn der Appellant hat die Wahl zwischen Einspruch und Berufung [36]).

Dagegen ist, wenn keiner der vorberegten Fälle vorliegt und gleichwohl das Urtheil vollzogen wird, die Berufung nicht mehr statthaft, mag auch der Vollzug unter ausdrücklichem Vorbehalt der Appellation erfolgt sein. Denn dieser Vorbehalt steht mit der Vollzugshandlung in Widerspruch, protestatio facto contraria nullum habet effectum [37]).

2) Ein thatsächlicher Verzicht auf die Appellation liegt in der Nichtbenützung der Frist, welche für die Einlegung der Appellation vorgeschrieben ist. Eine verspätet eingelegte Appellation ist nichtig [38]). Die Nichtigkeit ist von Amtswegen auszusprechen [39]). Das Versäumniß wird also nicht dadurch sanirt, daß der Gegner die bezügliche [40]) Proceßeinrede unterläßt oder selbst eine Fristverlängerung ausdrücklich bewilligt hat oder nachträglich bewilligen will. Nothfrist. Aber allerdings ist die Berufungsfrist gegebenen Falls nach Artikel 209 der Pr. O. erweitert [41]) und unterliegt der Unterbrechung nach Artikel 211 der Pr. O. [42]).

Die einfache Berufungsfrist beträgt, ohne Unterschied zwischen

---

31) Artikel 692 Absatz 2 Pr. O. Ist der Vollzug in solchen Fällen von besonderen Umständen begleitet, welche für sich eine freiwillige Unterwerfung klar entnehmen lassen, so liegt hierin ein Verzicht.

32) Artikel 695 Absatz 3 Pr. O. Vgl. auch Abg. Prot. III, 91.

33) Abg. Prot. III, 91.

34) Abg. Prot. III, 88. Ein ausdrücklicher Vorbehalt ist in solchen Fällen nicht nöthig.

35) Artikel 694 Pr. O. Vgl. bezüglich der Berufungsfrist gegen ein Versäumungsurtheil den mit dieser Auffassung übereinstimmenden Artikel 697 der Pr. O. Vgl. auch Artikel 310 und Artikel 728 der Pr. O.

36) Abg. Ref. II, 302. Die Cumulirung von Einspruch und Berufung von Seite derselben Partei ist unstatthaft. Artikel 310 Pr. O.

37) Abg. Prot. III, 7.

38) Artikel 724 Ziffer 2 der Pr. O.

39) Artikel 725 der Pr. O.

40) Als gesetzliche Frist ist sie auch der richterlichen Verlängerung entzogen.

41) Vgl. bezüglich des Falles in Artikel 187 den §. 272 i. f.

42) Abg. Prot. III, 19, 90.

Collegial- und einzelnrichterlichen Urtheilen [43]), dreißig Tage [44]), in den Fällen der Artikel 187, 853 Absatz 3 und Artikel 1278 Absatz 1 der Pr. O. blos fünfzehn Tage. Auch in den Fällen des Artikel 1089 Absatz 3 der Pr. O. bleibt es bei der Regel der dreißig Tage.

Der Lauf der Berufungsfrist beginnt und zwar auch gegen Versäumungsurtheile [45]) für beide Parteien [46]) von der Zustellung [47]) desjenigen Urtheils, welches durch Berufung angefochten werden soll [48]). Im Anwaltsproceß ist die Zustellung an die Partei selbst oder ihren Zustellungsbevollmächtigten gemeint (Artikel 192 Absatz 2 Pr. O.) [49]). Vgl. übrigens Artikel 187 und §. 282 i. f., da der in diesem Artikel beregte Fall eine Ausnahme bildet.

Bezüglich der Beendigung der Berufungsfrist findet auch Artikel 210 Absatz 1 Anwendung. Vgl. §. 273.

Die Berufung kann übrigens schon vor Zustellung des verkündeten Urtheils giltig eingelegt werden [50]). Dies hat Werth für den Appellanten, weil er damit die nach Artikel 699 schon während der Berufungsfrist zulässige Einleitung der Vollreckung abschneidet [51]). Doch erspart sich hiemit der Appellant die Verpflichtung nachträg-

43) Eine kürzere Frist für einzelnrichterliche Urtheile war kein Bedürfniß, da nach Artikel 699 der Pr. O. alle Urtheile bis zur wirklichen Einlegung der Appellation zum Vollzug gebracht werden können. Abg. Prot. III, 90.

44) Artikel 697 Absatz 1 der Pr. O.

45) Wählt die beschwerte Partei den Einspruch, so bleibt ihr die Berufung gegen das Einspruchsurtheil, welche von Zustellung des Letzteren läuft. Artikel 314 u. 315 der Pr. O.

46) Artikel 210 Absatz 2, Vgl, Abg. Prot. III, 88—89. Die Frage, ob, gleichviel von welcher Partei das Urtheil zugestellt wurde, die Berufungsfrist zu Gunsten aller, also auch derjenigen Partei läuft, von welcher die Zustellung nicht ausging, ist zweifelhaft. Z. B. A vindicirt gegen B, welcher hinwieder C als Gewährschaftsbeklagten in den Streit zieht. Die Entscheidung verurtheilt den B zur Herausgabe an A, den C zur Entschädigung des B. Nun läßt A dem B und C das Urtheil zustellen. Hier läuft wohl die Berufungsfrist dem A in der Richtung wider B, und C, und ebenso dem B und C in der Richtung wider A; ob aber auch dem C in der Richtung wider B? Die allgemeine Fassung des Artikel 697 Absatz 2 spricht für Bejahung der Frage. Die Entstehungsgeschichte des Artikel 697 Absatz 2 der Pr. O. scheint eher für die Verneinung zu sprechen. Denn nach einem früheren Beschluß enthält der Absatz 2 des Artikel 697 noch die Worte: „für beide Parteien", also die zustellende und den Requisiten. Diese Worte aber wurden nur als selbstverständlich gestrichen. Abg. Prot. a. a. O.

47) Auch bei einzelnrichterlichen Urtheilen im Sinne des Artikel 683 Ziffer 1 wird die Berufungsfrist erst durch Zustellung in Lauf gesetzt. Artikel 525 Absatz 2 Pr. O. ist nur für die Regelung des Beweisverfahrens maßgebend. Abg. Ref. II, 308 Nr. 4 Abg. Prot. III, 89.

48) Artikel 697 Absatz 2 Pr. O.

30) Artikel 210 Absatz 3. Abg. Prot. III, 89, 92 und 93. Vgl. übrigens die Ausnahme in Artikel 187. Der Fall des Artikel 129 macht keine Ausnahme von der Regel. Artikel 210 Absatz 3 begreift alle Fälle, in welchen selbständige Berufung statthaft ist, sei es nach Artikel 682, nach Artikel 683 oder nach anderen Artikeln der Proceßordnung; dies ist wenigstens seine Absicht. Die Fassung desselben läßt freilich zu wünschen übrig. Vergl. auch §. 420 bezüglich des Artikel 129 der Proceßordnung. Die civilrechtliche Bestimmung des Artikel 444 code de procéd. bleibt aufrecht.

50) Artikel 697 Absatz 3 Pr. O.

51) Abg. Prot. III, 439.

licher Zustellung des angefochtenen Urtheils nicht, weil er die Urtheilsausfertigung sammt Zustellungsnachweis bei der Verhandlung vorlegen muß. Art. 718 der Pr. O.

## II. Capitel.

## Berufungsverfahren.

### I.

### Einlegung der Berufung.

### §. 423 [1]).

Der Appellationsproceß beginnt mit der Erhebung der Berufung (Appellact). Hieran schließt sich im contradictorischen Verfahren der Schriftenwechsel, die Anmeldung bei Gericht, die Hinterlegung der Anträge, die Verhandlung und Aburtheilung der Sache.

I. Die Einlegung der Berufung erfolgt durch einen auf Betreiben des Appellanten dem Appellaten zuzustellenden Gerichtsvollzieheract [2]).

Unter dem Appellanten, Appellaten sind die Parteien selbst zu verstehen. Denn mit Erlassung des Urtheils im ersten Rechtszuge ist der Anwaltsproceß dort geendigt. Der Beginn des Anwaltsprocesses im zweiten Rechtszuge setzt die Anhängigmachung der Sache durch Zustellung der Berufungsklage und die Anwaltsbestellung für den Appellaten voraus.

Folgerecht ist die Zustellung des Appellactes *eine Zustellung von Partei zu Partei*. Die Folgen, welche sich hieran bezüglich des Laufes und der Dauer der Berufungsfrist (Artikel 209 und 211 der Pr. O.), dann der Person des Requisiten (Artikel 192 Absatz 1), des Ortes und der Art der Zustellung knüpfen, sind früher erörtert worden [3]).

Der Appellant ist voraussetzungsweise der zur Berufung Berechtigte, der sich durch das Urtheil beschwert erachtet. Appellat ist derjenige, zu dessen Nachtheil die Aenderung oder Aufhebung des angeführten Urtheils begehrt wird. Für gewisse Fälle (Eheproceß) enthält das Gesetz besondere Bestimmungen darüber, gegen wen die Appellation zu richten sei.

Man kann im Allgemeinen den Appellanten als Berufungskläger, den Appellaten als Berufungsbeklagten bezeichnen. Nur darf man damit nicht die Anschauung verbinden, als ob, wenn der Beklagte appellirt hat, dadurch die erstinstanziellen Parteirollen unter allen Umständen auch für die Sache gewechselt seien. Findet sich z. B. der Oberrichter veranlaßt, vorerst Beweis führen zu lassen, so treten die Parteirollen des Klägers und

---

1) Quellen zu Artikel 698 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 309—310; III, 67.
Abg. Prot. III, 16—17, 22—23, 89, 131; IV, 174, 183.
R. Ref. II, 219—220.
R. Prot. III, 15; IV, 73.

2) Artikel 698 Pr. O. Eingang.

3) Vgl. §§. 259 ff. u. 422. Abg. Ref. II, 310. Der Fall des Artikel 187 macht hievon eine Ausnahme.

Beklagten, wie sie im ersten Rechtszuge bestanden, in ihrer vollen Bedeutung wieder hervor [4]).

II. Der Berufungsact muß außer den allgemeinen Erfordernissen (vgl. §. 259 ff., Artikel 193—204 Pr. O.) enthalten:

1) Die Erklärung, daß Berufung eingelegt wird, und die Angabe des Urtheils, gegen welches diese gerichtet ist [5]). Die Angabe muß bestimmt sein, also das Gericht, von welchem Urtheil erlassen ist, die Zeit der Urtheilsverkündung und die betheiligten Parteien bezeichnen.

Sind mehrere selbständig appellable Urtheile in der Sache ergangen und will gegen alle oder mehrere derselben zugleich Berufung eingelegt werden (vgl. Artikel 282—283 Pr. O.), so brauchen nicht mehrere Appellacte zugestellt zu werden. Die Bezeichnung der verschiedenen Urtheile in einer Urkunde genügt, vorausgesetzt, daß auf diesem Weg die Berufungsfrist für alle eingehalten werden kann.

Jene selbständig nicht appellablen Urtheile, gegen welche mitappellirt wird, brauchen im Berufungsact insofern nicht bezeichnet zu sein, als sie nur als Beschwerdegrund für das Endurtheil in Betracht kommen [6]). Immerhin wird aber, wenn Urtheile im Sinne der Artikel 114, 115, 879, 954 und 965 der Pr. O. in Frage sind, deren Mitbezeichnung räthlich sein.

2) Die Bezeichnung des Berufungsgerichts [7]).

3) Die Bezeichnung des vom Appellanten für die Berufungsinstanz bestellten Anwalts, auch wenn dies derselbe wäre, welcher die Vertretung des Appellanten in I[a] geführt hat [8]). Sie muß ausdrücklich geschehen, weil die Appellation nur durch Gerichtsvollzieheract erhoben wird, nicht durch Schriftsatz.

4) Die Aufforderung an den Appellaten, innerhalb der gesetzlichen Frist einen Anwalt zu bestellen und durch ihn dem Gegenanwalte von der erfolgten Bestellung Anzeige machen zu lassen. Die Frist, in welcher der Appellat der Aufforderung zu genügen hat (Erscheinungsfrist) beträgt 8 Tage vom Tage der Zustellung des Berufungsactes an. Sie ist unter gegebenen Voraussetzungen der Erweiterung und Unterbrechung nach Artikel 209 und Artikel 211 unterworfen. Die Dauer der Erscheinungsfrist muß unter Berücksichtigung des Artikel 209 der Pr. O. in dem Gerichtsvollzieheracte angegeben sein [9]). Es ist Alles dies so zu halten, wie bei der Klagszustellung im bezirksgerichtlichen Verfahren.

Daß beiderseits nur Anwälte aus den am Sitze des Berufungsgerichts angestellten Advocaten aufgestellt werden können, ist nach allgemeinen Bestimmungen selbstverständlich. Doch ist ein ausdrücklicher Hinweis darauf im Berufungsacte nicht vorgeschrieben [10]).

---

4) Abg. Prot. III, 96.
5) Artikel 698 Pr. O. Ziffer 1.
6) Abg. Prot. III, 22—23.
7) Artikel 698 Ziffer 2 Pr. O.
8) Artikel 698 Ziffer 3 der Pr. O.
9) Artikel 698 Absatz 1 Ziffer 4 und Absatz 2 und 3 Pr. O.
10) Abg. Prot. III, 89.

Ebenso versteht sich von selbst, daß die Artikel 79 Abs. 3 und Artikel 227 der Pr. O. im Berufungsproceß Anwendung finden.

Weiter braucht der Appellact nichts zu enthalten, insbesondere nicht die Bezeichnung der Beschwerdepuncte und deren Ausführung. Diese bildet den Gegenstand des motivirten Antrags des appellantischen Anwalts. Vgl. Artikel 713 Pr. O. und §. 427. Die Gründe für die Trennung des Appellactes und der appellantischen Rechtfertigungsschrift sind im Abg. Prot. III, 16—17 und 22—23 enthalten. Das Referat hatte sich dagegen ausgesprochen [11]).

Der gänzliche Mangel eines dieser Erfordernisse, desgleichen die Bezeichnung bezw. Angehung eines unzuständigen Gerichts hat die Nichtigkeit des Actes zur Folge. Artikel 724 Ziffer 1 und 2 mit Artikel 218. Im Uebrigen begründet nicht jeder Mangel die Nichtigkeit, sondern nur ein solcher, der ein wesentliches Erforderniß des Actes in Frage stellt [12]).

## §. 424 [1]).

An die Einlegung der Appellation knüpfen sich ähnliche Wirkungen wie an die Klagserhebung (Artikel 179).

Diese Wirkungen sind theils materieller, theils processualer Art. Zu jenen gehört der Suspensiveffect (§. 424), zu diesen der Devolutiveffect (§§. 425 und 426).

I. Handlungen, welche nach der in giltiger Weise erfolgten Einlegung einer statthaften Berufung zum Vollzuge des angefochtenen Urtheils vorgenommen wurden, sind wirkungslos [2]). Eintritt des Suspensiveffectes der Berufung.

11) Abg. Ref. II, 310.
12) Vgl. Abg. Prot. III, 98.
1) Quellen zu Artikel 699 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 308, 311.
Abg. Prot. III, 24, 25, 78, 88, 89—90, 91—93, 102—103, 132.
R. Prot. III, 16.
Quellen zu Artikel 700 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 311; III, 67.
Abg. Prot. III, 25, 78—79, 93, 132; IV, 174, 184.
R. Ref. II, 220.
R. Prot. III, 16; IV, 73.
Quellen zu Artikel 701 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 311; III, 67.
Abg. Prot. III, 25, 79, 93, 132; IV, 174, 184.
R. Ref. II, 221.
R. Prot. III, 16; IV, 73.
Quellen zu Artikel 721 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 69.
Abg. Prot. III, 25, 28, 80, 98, 133; IV, 175, 185.
R. Ref. II, 226.
R. Prot. III, 19; IV, 73.
2) Artikel 699 Pr. O. Die in der Pfalz auf Grund eines Urtheils vorzunehmende Hypothekinscription bildet eine Vollzugshandlung im Sinne dieses Artikels nicht. Abg. Prot. III, 24.

1) Der Suspensiveffect entspricht der Regel:
„pendente lite nihil innovandum."
Er erstreckt sich nicht blos auf die Parteien und die Zwangsvollstreckung, sondern auch auf den judex a quo, und zwar auf jede Handlung, welche die Ausführung des angefochtenen Urtheils von seiner Seite (Proceßfortsetzung) z. B. die Eidesabnahme bezielt, vorausgesetzt, daß nicht eine Ausnahme durch das Gesetz ausdrücklich zugelassen ist [3]). Dies spricht Art. 490 Abs. 1 mit den Worten aus: „Das Verfahren und der Lauf der Fristen wird unterbrochen, wenn ein Zwischenurtheil durch Berufung mit aufschiebender Wirkung d. h. durch eine statthafte und giltig eingelegte Berufung angegriffen ist."

2) Umfänglich erstreckt sich der Suspensiveffect allerdings nur auf diejenigen Puncte der erstrichterlichen Entscheidung, welche angefochten sind. Dies gilt auch für appellable Zwischenurtheile, bezüglich welcher die Pr. O. sagt:
„Beschränkt sich die Berufung auf einen Theil des Streits, so „wird in Ermanglung entgegengesetzter Uebereinkunft oder Verfügung die Verhandlung der nicht angefochtenen Puncte fortgesetzt."
Artikel 490 Absatz 2. (Vgl. übrigens Artikel 492 Absatz 2.) Allein da die Beschwerdepuncte noch nicht im Appellacte, sondern erst in dem motivirten Antrage des Appellanten bezeichnet werden: so ist bis zur Fixirung der gravamina der Vollzug des Urtheils überhaupt suspendirt. Allerdings hat der Unterrichter so gut wie die Partei das Recht zu prüfen, ob eine statthafte Berufung giltig eingelegt sei, und hiernach zu suspendiren oder nicht. Allein beim mindesten Zweifel ist die Aussetzung des Verfahrens räthlich.

Sobald die Beschwerdepuncte fixirt sind, beschränkt sich der Suspensiveffect auf diese.

Uebrigens schließt die parteiliche Bezeichnung der gravamina immerhin nicht jeden Streit über deren Tragweite aus. Darum kann bei jeder die Sache selbst d. h. die Begründung der Appellation (nicht bloße Proceßeinreden oder andere Vor- und Nebenfragen, vgl. Artikel 700) betreffenden contradictorischen Verhandlung [4]) jede Partei [5]) ohne Unterschied, von wem die Berufung eingelegt worden und ob Anschließung (§. 427) erfolgt ist oder nicht, verlangen, daß das Berufungsgericht bestimme, inwieweit das erstrichterliche Urtheil durch Berufung unangefochten sei und daher durch Proceßfortsetzung in I[a] (Artikel 490 Absatz 2) oder durch Execution vollzogen werden könne [6]).

Der Suspensiveffect dauert bis zur erfolgten oberrichterlichen Entscheidung d. h. bis zum Ausspruch darüber, ob die Berufung zu verwerfen oder als begründet zu erklären und folgerecht das erstrichterliche Urtheil abzuändern sei. Erläßt das Berufungsgericht vorerst

3) Abg. Prot. III, 24 und 92.
4) Weil erst hier die Möglichkeit gegeben ist das gesammte Material zu überblicken, andererseits dieses Material nur in einer contradict. Verhandlung seinen Abschluß gegen neues Vorbringen findet. Artikel 715 Absatz 2 u. Artikel 720 Pr. O.
5) Vgl. Abg. Prot. III, 98.
6) Artikel 721 Pr. O.

ein Interlocut, so endigt hiemit der Suspensiveffect noch nicht, nur die definitive Entscheidung bildet seine Gränze.

3) Das Gesetz gewährt den Suspensiveffect nicht schon für die mögliche, sondern erst für die wirkliche Einlegung der Appellation. Ausnahmen in Artikel 463, 828 und 1075 der Pr. O. Daher kann während des Laufs der Berufungsfrist und bis zur Zustellung des Appellacts der Urtheilsvollzug in jeder Art betrieben werden. Jene Frist ist keine Deliberationsfrist im Sinne des deutschen Rechts (Abg. Prot. III, 89, 90). Der Berufungsact bewirkt nur, daß die vor demselben eingeleitete Vollstreckung unterbrochen wird. Vorsichtsverfügungen sind im Falle solcher Unterbrechung nicht ausgeschlossen. Was an Handlungen bereits vorgenommen ist, bleibt bestehen. Wird die Berufung verworfen, so erfolgt die Wiederaufnahme und Fortführung der Execution 2c., ohne daß jene Einleitungshandlungen wiederholt werden müssen [7]).

Da endlich der Suspensiveffect eine materielle Wirkung des Appellacts ist, so wird zu dessen Eintritt, wenn auch nicht die sachliche Begründung der Berufung, doch die formale Wirksamkeit des Berufungsactes vorausgesetzt. Fehlt es an dieser, weil das angefochtene Urtheil an sich wegen mangelnder Beschwerdesumme 2c. (§§. 420, 422) nicht appellabel oder weil das mit der Berufung angegangene Gericht hiefür nicht zuständig ist (Fall unstatthafter Appellation) oder weil die Berufungsfrist nicht eingehalten (desert) oder weil der Berufungsact an einem wesentlichen dessen Richtigkeit bedingenden Gebrechen leidet [8]) (nichtige Appellation) [9]), so tritt der Suspensiveffect nicht ein.

II. Von der unter Ziffer I dargestellten Regel besteht eine Ausnahme. Der Suspensiveffect tritt auch bei der in giltiger Weise erfolgten Einlegung einer statthaften Berufung nicht ein, wenn die vorläufige Vollstreckung des betreffenden Urtheils ohne Rücksicht auf Berufung nach gesetzlicher oder richterlicher Anordnung zugelassen ist [10]). Ersterenfalls ist ein ausdrücklicher richterlicher Ausspruch über die Vollstreckbarkeit nicht erforderlich. Vergl. Artikel 639 Pr. O. und Artikel 25 des Einf. Ges. Eigentliche Urtheile sind hier allerdings gar nicht in Frage.

Ist in einem dazu geeigneten Falle die Verfügung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urtheils im ersten Rechtszuge nicht nachgesucht worden, z. B. weil die betreffende Partei sich einer Appellation des Gegners nicht versah [11]), — oder hat sie das Untergericht des gestellten Antrags ungeachtet nicht erlassen, gleichviel ob der Antrag stillschweigend übergangen oder ausdrücklich im Tenor oder in den Motiven des Urtheils abgewiesen

7) Abg. Prot. III, 19 u. 92. Die auf die früher vorgenommenen Executionshandlungen erwachsenen Kosten hat in diesem Fall natürlich stets der Appellant (Exequend) zu tragen. Dringt aber Appellant mit der Berufung durch, so werden die auf die frühere Einleitung der Execution erwachsenen Kosten dem Gläubiger nicht vergütet.

8) Artikel 218 Pr. O.

9) Abg. Prot. III, 98. Artikel 724 Pr. O.

10) Artikel 699 Pr. O.

11) Abg. Prot. III, 93.

wurde [12]): so kann der Appellat diese Verfügung nachträglich bei dem Obergerichte beantragen. Dieser Antrag kann, sobald die Berufung eingelegt ist, bei jeder Verhandlung gestellt werden [13]). Eine Separatverhandlung hierüber ist nicht geboten; der Antrag kann erst bei der die Hauptsache selbst betreffenden Verhandlung nachgeholt werden [13a]). Eine Separatverhandlung ist aber auch nicht ausgeschlossen; insbesondere kann sich der Appellat hiezu veranlaßt finden, wenn die Verhandlung der Hauptsache sich verzögert [14]). Will der Antrag nicht mit der Hauptsache verbunden werden, so ist er in der für Zwischenstreite vorgeschriebenen Weise einzubringen.

Ebenso kann der Appellat auch vor der Verhandlung der Hauptsache bei dem Obergerichte die Aufhebung der ihm gemachten Auflage einer dem Urtheilsvollzug vorgängigen Sicherheitsleistung beantragen, wenn sie ohne zureichenden Grund oder gegen eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung gemacht worden ist [15]).

III. Die unter Ziffer I und II erläuterten Bestimmungen haben den Zweck, den Gläubiger gegen muthwillige Appellationen zu schützen. Es wird dies nur vollständig erreicht, wenn die Beurtheilung darüber, ob die ergriffene Appellation unstatthaft, desert, nichtig sei (Ziffer I, 3), zunächst dem Appellaten zusteht. Ihn hindert, wenn er einen solchen Fall gegeben glaubt, Nichts, trotz eingelegter Appellation mit der Execution natürlich auf seine Verantwortung für Kosten und Schäden fortzufahren, mag selbst seine Ansicht irrig sein. Hat er in I[a] überdies den Ausspruch vorläufiger Urtheilsvollstreckbarkeit erwirkt, so träfe ihn nicht einmal eine Verantwortlichkeit, auch wenn der Ausspruch gesetzwidrig ergangen wäre (vergl. Abg. Prot. III, 20). Es könnte endlich die vorläufige Vollstreckbarkeit, obwohl sie von vorgängiger Cautionsleistung des Gläubigers hätte abhängig gemacht werden sollen, ohne diese Beschränkung ausgesprochen, oder es könnte von dem Gläubiger ungeachtet solcher ausdrücklicher Beschränkung die Execution ohne Cautionsstellung ins Werk gesetzt worden sein.

Hiegegen läßt das Gesetz den Schuldner nicht schutzlos. Weil auch der rascheste Betrieb der Entscheidung in der Hauptsache nicht immer ausreichen wird, ist ihm gestattet, inhibitorische Maßregeln zu erwirken [16]). Demgemäß kann der Appellant und zwar auch vor der Verhandlung der Hauptsache den Einhalt der Vollstreckung bei dem Obergerichte beantragen, wenn die vorläufige Vollstreckbarkeit vom Untergerichte in einem dazu nicht geeigneten Falle verfügt oder die Vollstreckung von dem Appellaten gesetzlicher Vorschrift zuwider vorgekehrt worden ist. In gleicher Weise kann der Appellant die Auflage vorgängiger Sicherheitsleistung beantragen,

12) Abg. Prot. III, 93.
13) Artikel 700 Absatz 1 Pr. O.
13a) Abg. Prot. III, 25.
14) Abg. Prot. III, 93. Nach einem früheren Beschlusse des Abgeordneten-Ausschusses hieß es in Artikel 700:

„und zwar noch vor Verhandlung der Hauptsache";

das Wörtchen „noch" wurde später gestrichen, weil es nur nothwendig war, wenn die Ausführung der Berufung schon mit deren Einlegung zu verbinden gewesen wäre. Abg. Prot. ibid.
15) Artikel 700 Absatz 2 Pr. O.
16) Abg. Prot. III, 24, 25.

wenn diese unterlassen worden ist, ungeachtet die Umstände oder eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung sie erfordert hätten [17].

Eine analoge Anwendung der Bestimmungen des Artikel 701 der Pr. O. findet auf jene Fälle statt, in welchen der Unterrichter bei appellablen Zwischenurtheilen gesetzwidrig den Proceß weiter führt.

## §. 425 [1]).

Mit Zustellung des Appellacts wird die Sache in der Berufungsinstanz anhängig. Litispendenz.

Folgerecht knüpfen sich an diese Zustellung analog dieselben Wirkungen an, wie an die Zustellung der Klage [2]). Devolutiveffect der Berufung.

Diese Wirkungen bestehen einerseits in dem Uebergang der Streitsache an den Oberrichter, in dem Verbleib derselben bis zu ihrer Beendigung beim Berufungsgericht und in der Fixirung der Parteirollen für den Appellationsproceß (§. 425 Pr. O.), andrerseits in der Befugniß des Appellaten, der Berufung zu adhäriren (§. 426 Pr. O.).

I. Der Uebergang der Sache an den Oberrichter äußert sich zunächst darin, daß die Instruction des Appellprocesses dem Oberrichter bezw. den

17) Artikel 701 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 708 Pr. O.:
R. Prot. III, 18–19; IV, 73.
R. Ref. I, 119, 128—131; II, 224.
Abg. Prot. III, 33—35, 79, 95—96, 99, 132; IV, 175, 184.
Abg. Ref. II, 316; III, 68.
Quellen zu Artikel 730 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 315; III, 69.
Abg. Prot. III, 31, 81, 99, 134; IV, 175, 186.
R. Ref. II, 228.
R. Prot. III, 19; IV, 74.
Quellen zu Artikel 731 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 315—317; III, 70.
Abg. Prot. III, 31—33, 81, 96, 99—100, 134; IV, 175, 186.
R. Ref. II, 228.
R. Prot. III, 20—24; IV, 74.
Quellen zu Artikel 732 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 315—317.
Abg. Prot. III, 31—33, 81, 100—101, 134; IV, 342, 370.
R. Ref. I, 131—134; II, 228.
R. Prot. III, 20—24; IV, 74.
Quellen zu Artikel 733 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 70.
Abg. Prot. III, 31—33, 81, 101—102, 134; IV, 175—176, 187.
R. Ref. II, 228.
R. Prot. III, 24; IV, 74.
Quellen zu Artikel 734 sieh' bei §. 430.
Quellen zu Artikel 735 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 315—317.
Abg. Prot. III, 31—33, 81, 101—102, 134.
R. Prot. III, 24.

2) Vgl. Artikel 179 Pr. O. und §. 280.

dazu berufenen obergerichtlichen Anwälten zufällt. Jene Vorschrift des früheren diesrheinischen Rechts, welche den Unterrichter mit der Instruction des Appellprocesses beauftragte, ist hiedurch aufgehoben.

Die Uebertragung der Streitsache an das Obergericht und folgerecht der Ausschluß des Erstinstanzgerichts kann übrigens nach dem Grundsatze der Verhandlungsmaxime (vergl. §. 431 und Artikel 701 Pr. O.) nur in dem Umfang statthaben, in welchem sie an den höheren Richter gebracht wird. Insoweit Letzteres der Fall, wird sie der Gerichtsbarkeit desselben nicht blos an sich, sondern mit Allem unterworfen, was dazu gehört.

Beschwerdegegenstand können alle Puncte des angefochtenen Urtheils sein. Hier devolvirt also das ganze Urtheil und, sofern dieses den ganzen Proceß erschöpft, auch der letztere vollständig an das Obergericht. Da indessen das Urtheil mehrere Streitobjecte z. B. cumulirte Klageposten oder verschiedene Streitpuncte bei völliger Einheit des Gegenstands z. B. mehrere Titel für einen und denselben Anspruch betreffen kann, da ferner das Streitobject möglicher Weise derart theilbar ist, daß über verschiedene Theile verschieden erkannt werden kann: so bleibt denkbar, daß sich die Appellation auf ein oder einige Streitobjecte oder auf einen Theil des Streitgegenstandes oder auf einen oder einige Streitpuncte beschränkt. In solchem Falle ist nur der angefochtene Punct, Gegenstand oder Theil des Streitobjects devolvirt. Allerdings enthält der Appellact noch nicht die gravamina [3]). Gleichwohl knüpft sich hieran schon der Devolutiveffect. Die Bezeichnung der Beschwerdepuncte ist nämlich nicht aus innern, sondern lediglich aus Gründen der Proceßökonomie in den späteren motivirten Antrag des Appellanten verwiesen. Man muß sich deshalb Berufungsact und motivirten Antrag als ein, nur zeitlich getrenntes, Ganze denken. Der letztere gibt dem ersteren seinen besonderen Inhalt. Demgemäß wird auch der Devolutiveffect, sich als solcher anknüpfend an den Berufungsact, umfänglich fixirt durch den motivirten Antrag, welcher rückbezogen werden muß auf den Act der Appellation.

Mit dem Beschwerdegegenstand wird Alles dasjenige devolvirt, was zu ihm gehört [4]) d. h. was mit ihm zusammenhängt. Hieher gehören:

1) Der Kostenpunct. Vgl. Artikel 262 und 728 Ziffer 2 Pr. O., auch §. 431.
2) Incidentstreitpuncte, welche mit dem Beschwerdegegenstand zusammenhängend sich erst ergeben, während die Sache in der höheren Instanz schwebt z. B. Provisionalmaßregeln [5]).

An und für sich nicht hieher gehörig werden

3) nach positiver Bestimmung noch andere Puncte an den Oberrichter devolvirt erklärt. Enthält nämlich das Urtheil neben der durch die Berufung angefochtenen Entscheidung noch andere Entscheidungen, gegen welche ihrer Natur nach Berufung nicht zulässig ist, so erwächst mit der Berufung die Sache auch in letzterer Beziehung an das Berufungsgericht, soferne die verschiedenen Entscheidungen denselben Streitpunct oder Puncte, die damit in innerem Zusammen-

---

3) Wie die Berufungsschrift nach dem früheren diesrheinischen Verfahren oder die gemeinrechtliche introductio appellationis.
4) Vgl. Artikel 179 Ziffer 1 Pr. O.
5) Vgl. Artikel 705 Pr. O. und Seuffert Comm. 2. Aufl. Bd. 4 S. 121.

hange stehen, betreffen [6]). Diese Vorschrift enthält folgenden Gedanken:

Es kann ein Urtheil theils endgiltig entscheiden oder die Entscheidung von einem Eide abhängig machen, theils auf sonstigen Beweis gehen. Theilurtheil. Die verschiedenen Entscheidungen können Theile desselben Streitobjects oder zwar verschiedene Streitgegenstände oder Streitpuncte betreffen, jedoch solche, welche im innern d. h. rechtlichen und historischen Zusammenhang stehen und ohne Nachtheil nicht zerrissen werden können. Ist dieser Fall gegeben, was nur in concreto nach richterlichem Ermessen zu beurtheilen, so wird die Sache dergestalt an das Obergericht devolvirt, daß dasselbe auch in Beziehung auf den sonstigen Beweis das Urtheil ändern kann und daß auch die Beweisaufnahme an das Obergericht erwächst, selbst wenn im Beweisurtheil Nichts geändert wird, sondern die Sache aus andern Gründen in der zweiten Instanz verbleibt. Hierauf bezieht sich auch Artikel 721, wonach die Parteien bei jeder die Sache selbst betreffenden contradictorischen Verhandlung verlangen können, daß das Berufungsgericht bestimme, inwieweit die Sache an die zweite Instanz devolvirt ist [7]). Ebenso steht Artikel 708 mit Artikel 728 Ziffer 1 in fine im Zusammenhang, wonach das Obergericht in einer durch Berufung dorthin gelangten Sache befugt ist, von Amtswegen einen in einem Theilurtheil enthaltenen Beweisbescheid zur Erzielung von Conformität der Beweisauflagen abzuändern [8]). Eine Consequenz hievon bildet endlich die Bestimmung des Artikel 687 Absatz 1 Pr. O. Vgl. §. 422.

II. In dem Verbleiben der Sache beim Berufungsgericht liegt zunächst der Gedanke, welchen die Regel ausdrückt: „jurisdictio citatione perpetuatur" d. h. Aenderungen, welche sich in Beziehung auf die (Werths=) Competenz des Berufungsgerichts nach Einlegung der Appellation durch Alterirung ihres Gegenstandes ergeben, heben die Statthaftigkeit der Berufung nicht auf. Der Artikel 688 der Pr. O. enthält nur eine Seite dieser Regel, bezieht sie aber allerdings schon auf die Zeit der Urtheilsverkündigung.

Zum Andern hat der an den Oberrichter devolvirte Beschwerdegegenstand vor diesem seine endliche d. h. Erledigung durch Definiturtheil über die Frage zu finden, ob das angefochtene Urtheil bestehen bleibt oder nicht (aufgehoben, abgeändert wird). Hängt diese Frage von einem Beweisverfahren ab: so hat das Berufungsgericht nicht blos zu interloquiren, sondern auch sein Interlocut ganz nach der Vorschrift des bezirksgerichtlichen Verfahrens zu vollziehen d. i. den Beweis zu erheben und über das Resultat vor sich verhandeln zu lassen. Es ist nur eine modificirte Anwendung der allgemeinen Regel, wenn das Gesetz hiebei dem Berufungsgericht gestattet, die Beweiserhebung der Kostenersparung halber einem Untergerichte seines Sprengels zu übertragen, statt solche mittels Re=

6) Artikel 708 Pr. O.
7) Vgl. §. 424.
8) Abg. Prot. III, 95, 96.

quisition oder Auftrag (Committirung eines Gerichtsmitglieds) zu veranlassen [9]).

Wird hienach die Frage, ob das angefochtene Urtheil bestehen bleibt oder nicht, sei es selbst, nachdem der Entscheidung hierüber ein solches Beweisverfahren vorauszugehen hatte, definitiv im Sinne der ersten Alternative bejaht: so erscheint die Aufgabe des Berufungsrichters beendigt. Es macht keinen Unterschied, ob die Appellation aus formellen Gründen (als unstatthaft, desert, nichtig) oder als in der Sache unbegründet verworfen wird. Hieher gehört auch der Fall, wenn die Berufung wegen Nichterscheinens des Appellanten zu verwerfen ist. Vergl. Artikel 724 Ziffer 3 mit Artikel 303 der Pr. O., dann Abg. Prot. III, 31. Sind noch weitere Verhandlungen und Entscheidungen erforderlich, z. B. wenn das bestätigte Urtheil einen noch nicht abgeleisteten Eid auferlegt hat, so geht die Sache zum Behuf dieser an das Untergericht zurück [10]).

Muß aber die erwähnte Frage, sei es mit oder ohne ein zur Entscheidung hierüber nothwendig gewordenes Beweisverfahren im Sinne der zweiten Alternative bejaht werden, erfolgt m. a. W. eine definitive Aufhebung oder Abänderung des unterrichterlichen Urtheils, sei es im Ganzen oder zum Theil: so kommt es darauf an, ob in Consequenz dieser oberrichterlichen Entscheidung noch weitere Verhandlungen und Entscheidungen in der Sache zu ergehen haben oder nicht.

Ist letzteres der Fall, geht die oberrichterliche Entscheidung dahin, daß der streitige Anspruch definitiv zu= oder aberkannt wird: so ist Mangels eines Gegenstandes für weitere Verhandlungen und Entscheidungen hiemit die Sache für alle ordentlichen Instanzen erledigt.

Haben aber noch weitere Verhandlungen und Entscheidungen stattzufinden, so stehen diese:

a) Für die Regel dem Berufungsgerichte zu, selbstverständlich soweit überhaupt die Sache [11]) an die Berufungsinstanz gebracht ist [12]).

Dieses gilt, wenn noch ein Beweisverfahren nothwendig ist, z. B. wenn der Oberrichter unter Aufhebung des unterrichterlichen Definitivurtheils auf Eid oder sonstigen Beweis erkannt hat, auch von der hiernach zu bethätigenden Eidesabnahme oder anderweitigen Beweiserhebung. Allerdings kann eine solche Beweiserhebung vom Oberrichter nicht blos nach den allgemeinen Vorschriften mittels Requisition und Auftrag veranlaßt, sondern auch einem beliebigen Untergerichte seines Sprengels übertragen werden [13]). Allein dieses Untergericht handelt nicht im eigenen Namen, sondern im Auftrage. Die Verhandlung über das Resultat der Beweiserhebung muß u. a. U. beim Berufungsgerichte stattfinden.

Dem Berufungsgerichte steht aber auch die Verhandlung und Entscheidung über alle einschlagenden [14]) sonstigen Streit=

---

9) Artikel 734. Vgl. Abg. Prot. III, 101.
10) Artikel 730 Pr. O.
11) „Sache" = die gesammten an das Berufungsgericht gebrachten Beschwerdepuncte.
12) Artikel 731 Absatz 1 Pr. O. „Ubi lis coepta, ibi debet finiri."
13) Artikel 734 Pr. O.
14) Scilicet nunmehr an das Berufungsgericht erwachsenen.

puncte zu, welche noch einer Erörterung und Entscheidung bedürfen [15].

Dahin gehören insbesondere:

1) Streitpuncte, über welche vom Unterrichter noch gar nicht oder theilweise noch nicht erkannt wurde bezw. auch nicht zu erkennen war [16], weil sie als von eventueller Natur in Gemäßheit der dem primären Antrage stattgebenden unterrichterlichen Entscheidung nicht in Betracht kamen, während sie jetzt in Betracht kommen, nachdem diese Entscheidung oberrichterlich aufgehoben ist. Hierher zählt auch der Fall, wenn der Unterrichter die Klage wegen Mängel am Klagegrund (au fond) definitiv, wie angebracht oder z. Zt. abgewiesen hat; der Oberrichter darf sich nicht etwa auf den Ausspruch beschränken, die Abweisung finde nicht statt; er hat vielmehr weiterhin über die Sache selbst zu erkennen [17].

2) Streitpuncte, über die eine Entscheidung ergangen ist, welche aber die eine oder andere Partei [18] bei dem Fortbestehen der Entscheidung des Untergerichts mit Appellation oder Adhäsion anzufechten kein Interesse hatte, weil sie, obwohl in dem fraglichen Puncte unterlegen, in einem andern noch weiter tragenden obgesiegt hat, so daß jenes Unterliegen für sie gleichgiltig sein konnte. Z. B. A hat als Miterbe ab intest. gegen B auf Erbtheilung geklagt, B aber sowohl das Intestatrecht des Klägers bestritten, als auch die Erbschaft auf Grund eines vorgelegten Testaments für sich allein in Anspruch genommen. Der Unterrichter erkennt zwar die Erbqualität des Klägers an, verwirft aber den Klagsanspruch doch, indem er den B als Testamentserben erklärt. A ergreift gegen den letzteren Theil der Entscheidung Berufung; B aber beruhigt sich beim ersten Theil der unterrichterlichen Entscheidung, weil sie für ihn als erklärten Testamentserben ohne Belang ist. Gibt nun das Berufungsgericht der Appellation des A statt, indem es das betreffende Testament als nichtig erklärt: so ist nach Verkündigung dieser Entscheidung weiterhin über die unterrichterlich anerkannte Intestaterbqualität des A vor dem Obergerichte zu verhandeln und zu entscheiden. Das unterrichterliche Urtheil hat in diesem Puncte bei der erwähnten Sachlage die Rechtskraft nicht bestritten, obschon es unangefochten blieb [19].

3) Streitpuncte, über welche im ersten Rechtszuge die Trennung der Verhandlung angeordnet und deshalb entweder überhaupt nicht oder doch nicht umfassend verhandelt wurde, oder bezüglich deren das Untergericht nicht alle geltendgemachten Vertheidigungsmittel gewürdigt hat [20].

Endlich gehört der Fall hieher, wenn die Aufhebung eines Urtheils wegen Mangels der Zuständigkeit des Unter-

---

15) Artikel 731 Absatz 2 Pr. O.
16) Vgl. Abg. Prot. III, 99.
17) Artikel 731 Ziffer 1 Pr. O.
18) Artikel 731 Ziffer 2 Pr. O.
19) Abg. Prot. III, 31—33, 99—100.
20) Artikel 731 Ziffer 3 Pr. O.

gerichts erfolgt ist, gleichviel ob wegen territorialer oder absoluter Incompetenz oder wegen Mangel der civilrichterlichen Jurisdiction überhaupt. Denn es hat, wenn auch keine weitere Verhandlung, doch noch Entscheidung dahin stattzufinden, daß die Klage abzuweisen sei. Die Entscheidung hierüber steht dem Berufungsgerichte zu [21]). Das Berufungsgericht hat sich übrigens auf die Abweisung zu beschränken.

Eine Verweisung an ein bestimmtes anderes (als zuständiges) Gericht findet nicht statt. Denn möglicher Weise wäre das nach Ansicht des Berufungsrichters zuständige Gericht ihm nicht subordinirt, also auch nicht an dessen Ausspruch gebunden [22]). Noch weniger stünde ihm die Entscheidung der Sache au fond zu. Denn er kann unter allen Umständen eben nur solche Sachen an sich ziehen, für welche das primär angegangene Untergericht an sich competent gewesen wäre.

b) Ausgenommen von dieser Regel sind folgende Fälle:

1) Findet das Berufungsgericht, gleichviel ob ein Urtheil in der Hauptsache (lit. a und Artikel 731 Pr. O.) oder ein solches über einen vorläufigen Streitpunct Gegenstand der Anfechtung ist, daß im ersten Rechtszuge wesentliche Grundsätze des Verfahrens verletzt wurden, so ist es befugt, unter Aufhebung des Urtheils und des Verfahrens, soweit dies von der Richtigkeit berührt wird, die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das Untergericht zurückzuverweisen [23]).

Eine Verweisung an ein anderes als das bisherige Untergericht ist nur statthaft, wenn zugleich der Fall des Artikel 54 der Pr. O. gegeben ist [24]).

Findet sich das Berufungsgericht nicht geneigt, von dieser Befugniß Gebrauch zu machen, so gelten auch im Falle des Artikel 733 die Bestimmungen der Artikel 731 u. 732 Pr. O. (Vgl. lit. a und lit. b Ziffer 2.)

2) Wird ein Urtheil, welches lediglich über einen vorläufigen Streitpunct entschieden hat [25]), aufgehoben oder abgeändert, so geht die Sache (d. i. die ganze Hauptsache im Gegensatz zum vorläufigen Streitpunct) an das Untergericht [26]) zur weitern Verhandlung und Entscheidung zurück, und ist dieses hiebei an das Urtheil [27]) des Berufungsgerichts gebunden. Haben jedoch die (alle) betheiligten Parteien sich vor dem Berufungsgerichte auf die Verhandlung der Hauptsache eingelassen d. h. im contradictorischen Verfahren Anträge zur Hauptsache hinterlegt [28]) und ist letztere zur

---

21) Artikel 735 Pr. O.

22) Abg. Prot. III, 31—33, 101. Abg. Ref. II, 316—317.

23) Artikel 733 Pr. O.

24) Abg. Prot. III, 32—33.

25) Hieher gehört auch der Fall, wenn die Urtheilsaufhebung erfolgt, weil das Untergericht sich mit Unrecht für unzuständig erklärt hat. Vgl. Abg. Prot. III, 31—33 und Abg. Ref. II, 316—317.

26) Verweisung an ein anderes gleichstehendes Gericht kann nur im Falle des Artikel 54 der Pr. O. Platz greifen.

27) Artikel 732 Pr. O.

28) Sind nicht beiderseits oder nur unter Protestation Anträge zur Hauptsache gestellt bezw. hinterlegt worden, so kann das Obergericht nicht über die Hauptsache entscheiden. Abg. Prot. III, 32, 100.

sofortigen[29]) endlichen (nicht interlocutorischen) Entscheidung bereift: so hat das Berufungsgericht im Urtheile zugleich über die Hauptsache zu erkennen. Ob die Parteien auch schon vor dem Untergerichte über die ganze Sache verhandelt hatten, ist hiebei gleichgiltig.

Zu den Urtheilen, welche lediglich über vorläufige Streitpuncte erkannt haben, gehören im Allgemeinen alle Entscheidungen, die sich auf Vor- und Zwischenfragen im Gegensatz zum Klag- oder Haupt-Sach-Begehren beschränkten. Im Einzelnen sind namentlich hieher zu zählen Urtheile über Proceßeinreden, über Präjudicialpuncte, worüber, wenn auch nicht separat verhandelt, doch separat entschieden wurde, Urtheile im Sinne des Artikel 683 Ziff. 3 der Pr. O. Gleichgiltig ist, ob das unterrichterliche Urtheil hierüber seinem Inhalte nach ein Endurtheil oder solchen hinsichtlich der Berufung gleichgestellt ist. Vgl. Artikel 683 Ziffer 1 Pr. O.

Was so eben von Urtheilen über vorläufige Streitpuncte gesagt wurde, gilt auch für den Fall, wenn ein Urtheil aufgehoben wird, wodurch der Einspruch wegen nicht gewahrter Form oder Frist verworfen wurde, — sowie für den Fall, wenn die Aufhebung eines Versäumungsurtheils aus dem Grunde erfolgt, weil vom Untergerichte das Vorhandensein einer Versäumung mit Unrecht angenommen wurde[30]).

## §. 426 [1]).

Wie sich an die Klagszustellung das Recht zur Widerklage knüpft, so ist eine Wirkung des Berufungsactes die Befugniß des Appellaten, sich der Appellation anzuschließen. Anschließung, Adhäsion. Kraft des Anschließungsrechtes ist der Appellat befugt [2]), bezüglich eines jeden Theiles des mit der Berufung angefochtenen Urtheils gleichfalls Aufhebung oder Abänderung zu beantragen. Der Appellat heißt in dieser Beziehung Anschließ-

---

29) Nothwendige Vertagung der Verhandlungen steht nicht im Wege, wohl aber die Nothwendigkeit förmlichen Interlocuts.

30) Artikel 732 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 702 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 309; III, 67—68.
Abg. Prot. III, 20—21, 79, 93—94, 132; IV, 174, 184.
R. Ref. I, 119—128; II, 221—222.
R. Prot. III, 16—17; IV, 73.
Quellen zu Artikel 703 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 309.
Abg. Prot. III, 21—22, 79, 94—95, 132.
R. Prot. III, 17.
Quellen zu Artikel 715 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 309.
Abg. Prot. III, 20—21, 80, 97, 133.
R. Prot. III, 19.

2) In diesem Sinne unselbständige Appellation.

ungskläger, Adhärent, der Appellant der Anschließungsbeklagte, Adhäse. Hinsichtlich der Parteirollen finden die bezüglichen Grundsätze des Appellationsprocesses auf das Anschließungsverfahren entsprechende Anwendung. Was zunächst

I. die Voraussetzungen der Anschließung betrifft, so ist Folgendes zu bemerken:

1) Als bloßer Anschluß[3]) an eine Berufung setzt die Adhäsion voraus, daß eine Appellation wirklich erhoben wurde, daß die erhobene statthaft und die Erhebung in giltiger Weise erfolgt sei.

Haben bei theilbarem Interesse von mehreren Streitgenossen nur einzelne Berufung erhoben, die andern nicht, so kann der Appellat nur den ersteren gegenüber adhäriren, den letzteren gegenüber bei gegebenen Voraussetzungen nur appelliren.

Wird die wirklich erhobene Berufung als unstatthaft verworfen, weil gegen eine ihrer Natur nach selbständig nichtappellable Entscheidung oder gegen ein der Berufung absolut entzogenes Urtheil (jugement souverain) oder auf einen zu geringen Werth oder an ein unzuständiges Gericht gerichtet, oder als nichtig erkannt, weil verspätet (desert) oder mittels wesentlich mangelhaften Actes eingelegt[4]): so fällt in Ermangelung eines formell wirksamen Appellacts auch die Anschließung hinweg, es sei denn, daß die Anschließung noch im Laufe der Berufungsfrist bethätigt wurde und im Anschließungspunct auch selbständig appellirt werden konnte, m. a. W. daß es sich bei der Anschließung um eine ihrer Natur nach appellable (§. 420), nicht nach gesetzlicher Vorschrift oder durch freiwillige Unterwerfung in Rechtskraft übergegangene, gegenständlich die summa appellabilis repräsentirende Entscheidung handelt[5]). Vgl. §. 422 Ziffer I und II, 1.

Wird die Berufung späterhin als materiell unbegründet verworfen, so wird dadurch die Anschließung nicht berührt[6]).

Auch durch die Zurücknahme der Berufung wird eine rechtzeitig (Art. 715 Pr. O.) erklärte Anschließung nur dann beseitigt, wenn im Anschließungspunct nicht auch in dem vorangegebenen Sinne selbständig appellirt werden konnte[7]). Die Zurücknahme der Berufung[8]) möchte übrigens unabhängig vom Willen des Appellaten zu jeder Zeit statthaft sein. Denn das Gesetz faßt den Abstand vom Rechtsmittel durchweg als Verzicht auf, stellt ihn nirgends dem Klagabstand gleich und enthält auch eine positive Beschränkung des Abstands vom Rechtsmittel nicht.

Die Proceßordnung unterscheidet hinsichtlich der Zulässigkeit der Adhäsion zwischen formell unwirksamen und zwischen zurückgenommenen Berufungen mit gutem Grund. Den Adhärenten, der sich an eine unstatthafte oder nichtige Berufung anschließt, trifft ein Ver-

3) Vgl. Artikel 724 Ziffer 1 u. 2 Pr. O.
4) Vgl. Artikel 724 Ziffer 1 u. 2 Pr. O.
5) Artikel 703 Absatz 1. Vgl. Abg. Prot. III, 21–22.
6) Abg. Prot. III, 22.
7) Artikel 703 Absatz 2. Vgl. Abg. Prot. III, 21.
8) Wie der Rechtsmittel überhaupt.

schulden. Er hätte die Berufung prüfen sollen. Hat sich aber der Appellat einer formell wirksamen Berufung angeschlossen: so konnte er unmöglich wissen oder voraussehen, daß der Appellant seine Berufung wieder zurücknehmen wird.

Wird im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde das Urtheil, durch welches die Berufung für unstatthaft oder nichtig erklärt wurde, aufgehoben, so tritt die Sache in das frühere Stadium zurück, so daß also auch die Adhäsion wieder auflebt, — auch dann, wenn nur der Hauptappellant und nicht auch der Adhärent in eventum Nichtigkeitsbeschwerde erhoben hat. Wird in Folge der Nichtigkeitsbeschwerde des Adhärenten die Berufung als unstatthaft oder nichtig erklärt, so ist hiemit auch die Anschließung zurückgewiesen. —

Ist die Adhäsion hinfällig, weil die Hauptappellation als unstatthaft oder nichtig erklärt wird, so hat der Hauptappellant auch die Adhäsionskosten zu tragen, da er durch Appellation die Adhäsion wie die Verhandlung herbeigeführt hat, nicht aber der Appellat resp. Adhärent, es müßte denn dieser selbst besondere Kosten veranlaßt haben [9]).

2) Das Anschließungsrecht steht dem Appellaten als solchem zu.

Derjenige, gegen welchen die Berufung weder unmittelbar noch mittelbar gerichtet ist, kann auch nicht adhäriren, mag er selbst Proceßpartei im formellen Sinne (vgl. §. 253) sein oder geworden sein, z. B. bei theilbarem Interesse ein Streitgenosse, gegen welchen die Entscheidung theils verurtheilend und theils freisprechend lautet, vorausgesetzt, daß der Kläger nur in der Richtung wider die übrigen Streitgenossen appellirt, in der Richtung wider den Erstgenannten aber sich beruhigt hat, — oder ein im Sinne des Artikels 723 der Pr. O. Beigeladener.

Dagegen kann derjenige, der durch die Berufung auch nur mittelbar angegriffen ist, in andern Puncten adhäriren und das nicht blos, wenn er bisher schon wirkliche Proceßpartei war, z. B. Gewährschaftsbeklagter, sondern auch wenn dies nicht der Fall, aber das Urtheil nach Artikel 294 Pr. O. gegen ihn wirkt z. B. der Pfandgläubiger im Streite des Vindicanten und Pfandschuldners.

3) Gegenständlich setzt die Anschließung eine in dem angefochtenen Urtheil enthaltene, für den Appellaten beschwerliche und ihrer Natur nach appellable d. h. eine Entscheidung voraus [10]), welche nicht blos als Unterlage eines Endurtheils in Betracht kommt, (vgl. §. 420 Ziffer III), vielmehr selbst eine endurtheilmäßige oder einer solchen hinsichtlich der Berufung gleichgestellte Entscheidung ist. (Vgl. §. 420 Ziffer I und II [11]). Es muß mit a. W. eine Entscheidung sein, gegen welche der Anschließungskläger, von der summa appellabilis (§. 422) abgesehen, auch hätte appelliren können.

Kann übrigens gegen die nicht selbständig appellablen Theile eines Urtheils auch nicht adhärirt werden, so kann Appellat sein be-

9) Abg. Prot. III, 94.
10) Artikel 702 Absatz 1 Pr. O.
11) Abg. Prot. III, 94.

züglicbes Interesse immerhin vor dem Oberrichter im Laufe des Verfahrens noch wahren, insofern der Devolutiveffect der Berufung sich auch auf solche Puncte erstreckt. Vgl. Artikel 708 und §. 425[12]).

4) Die Anschließung setzt zwar voraus, daß der mit Adhäsion anzufechtende Theil der Entscheidung nicht zur Rechtskraft gelangt ist. (§. 422.) Allein die Mehrzahl der Gründe, aus welchen im Allgemeinen die Rechtskraft eintritt, erstreckt nach besonderer gesetzlicher Vorschrift ihre Wirkung nicht auf den Appellaten als Anschließungskläger. Insbesondere[13]) hat derselbe das Anschließungsrecht auch dann,

a) wenn für seine Beschwerde die Berufungssumme nicht vorhanden ist. Ueberdies

b) steht der Anschließung die vom Adhärenten etwa vor der Berufungserhebung zu erkennen gegebene Unterwerfung unter das angefochtene Urtheil im Ganzen oder bezüglich des Anschließungspunctes nicht entgegen. Das Gesetz geht von der Annahme aus, daß eine solche Unterwerfung nur in der Voraussetzung geschah, es werde auch vom Gegner Beschwerde nicht erhoben.

Dasselbe gilt von dem nach Einlegung der Berufung vom Adhärenten gestellten Antrag auf Verwerfung derselben. Hat aber der Appellat nach bereits erhobener Appellation in anderer Weise seine Unterwerfung kundgegeben, so hat er hierdurch allerdings auf das Recht der Anschließung verzichtet.

c) Der Appellat hat das Recht der Anschließung, auch wenn die Berufungsfrist bereits abgelaufen ist.

Die Anschließung kann mit der Antwort auf die Berufung verbunden sein (Artikel 714 Pr. O.; vgl. §. 428); sie kann aber auch durch einen besonders zugestellten oder in der Sitzung hinterlegten Antrag angebracht werden[14]). Macht der Adhärent von der erstbezeichneten Befugniß Gebrauch, so erspart er sich besondere Acte; dies ist die Absicht des Gesetzes[15]).

Die Anschließung ist noch in der ersten die Sache selbst[16]) betreffenden contradictorischen Verhandlung und, wenn die Berufung wegen Nichterscheinens des Appellanten verworfen wurde, noch in der Verhandlung über den Einspruch statthaft[17]).

In einer Beweis- oder Eides-Schlußverhandlung über die Hauptsache ist die Anschließung nicht mehr zulässig[18]).

5) Abweichend vom deutschen Recht setzt die Anschließung inneren Zusammenhang (Connexität) zwischen der Berufungs- und Adhäsionsbeschwerde nicht voraus, weil Anschließung schon zu einer Zeit erhoben werden kann, wo die Berufungsbeschwerde, welche erst in dem

12) Wird die Berufung zurückgenommen, so entgeht dem Appellaten allerdings diese Gelegenheit. Abg. Prot. IV, 174.
13) Artikel 702 Absatz 1 Pr. O.
14) Artikel 715 Absatz 1 Pr. O.
15) Abg. Prot. III, 97.
16) D. h. nicht eine bloße Vorfrage.
17) Artikel 715 Absatz 2. Vgl. Artikel 720 Pr. O.
18) Abg. Prot. III, 21.

motivirten Antrage des Appellanten zu bezeichnen, noch gar nicht speciell bekannt ist [19]).

Die Anschließung wird hiernach in viel weiterer Ausdehnung zugelassen, als im deutschen Processe. Es wird nicht blos vom Erforderniß der Beschwerdesumme, der Connexität, der Nichtunterwerfung unter das erstrichterliche Urtheil abgesehen, — sie kann auch mit geringer Beschränkung in jeder Lage der Sache erklärt werden. Ueber die Gründe dieser Ausdehnung sprechen sich die Motive zum Reg.-Entw. näher aus [20]).

II. Die Anschließung hat durch Antrag zu geschehen, welcher entweder dem Gegner bezw. dessen Anwalt zugestellt oder in der Sitzung hinterlegt wird. Anschließungsact.

III. Die erklärte Anschließung hat dieselben Wirkungen wie die Appellation [21]). Hiemit wird gesagt, daß die in den §§. 424 und 425 über den Suspensiv- und Devolutiveffect der Berufung erläuterten Vorschriften durchweg entsprechende Anwendung auf die Adhäsion finden [22]).

Dagegen kennt das Gesetz eine Adhäsion zur Adhäsion nicht. Sie erscheint als solche nicht nothwendig; denn der Appellant hat seine Beschwerde nicht schon bei der Einlegung der Appellation zu specificiren, kann solche vielmehr bis zum Schlusse der ersten contradictorischen, die Sache selbst betreffenden Verhandlung in beliebiger Ausdehnung vorbringen [23]).

## II.

## Schriftenwechsel und Urkundenmittheilung.

### §. 427 [1]).

Das Verfahren in der Berufungsinstanz richtet sich, gleichviel welches Gericht als Berufungsgericht erscheint [2]), nach den für die Bezirksgerichte

19) Abg. Prot. III, 94.
20) Vgl. Seite 621.
21) Artikel 702 Absatz 2 Pr. O.
22) Bezüglich der Artikel 700 und 701 der Pr. O. vgl. auch Abg. Prot. III, 93.
23) Vgl. Artikel 720 Pr. O. Abg. Ref. II, 309; Abg. Prot. III, 94.
1) Quellen zu Artikel 704—707 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 313—314; III, 68.
Abg. Prot. III, 29—30, 79, 95—96, 132; IV, 174—175, 184, 342, 370.
R. Ref. II, 222—224.
R. Prot. III, 17—18; IV, 73.
Quellen zu Artikel 713 Absatz 1 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 69.
Abg. Prot. III, 26, 80, 97, 133; IV, 175, 185.
R. Prot. III, 19.
Quellen zu Artikel 717 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 310; III, 312—313.
Abg. Prot. III, 26, 27, 80, 97—98, 133.
R. Prot. III, 19.
Quellen zu Artikel 736 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 314—315.
Abg. Prot. III, 30—31, 81—82, 101—102, 135.
R. Prot. III, 24.
2) App. G., Bez G., Handelapp. G., Eheapp. Gerichte. Abg. Prot. III, 96—97.

geltenden Vorschriften, soweit nicht diese sich ihrer Natur nach ausschließlich auf den ersten Rechtszug beziehen und nicht für die Berufungsinstanz abweichende Bestimmungen im Gesetze getroffen sind [3]).

Dies gilt zunächst vom schriftlichen Vorverfahren. Es ist demgemäß hinsichtlich der Anwaltsbestellung des Appellaten, des Schriftenwechsels, sodann der Acten- und Urkundenmittheilung auf die §§. 281—299 zu verweisen.

Die modificirenden Bestimmungen, welche das Gesetz hiezu gibt, beziehen sich vor Allem auf den motivirten Antrag des Appellanten. Da nämlich der Appellationsact (§. 423) weder eine Bezeichnung der Beschwerdepuncte noch deren Begründung enthält (Artikel 698 Pr. O.), so beginnt der Schriftenwechsel mit einem motivirten Antrage des Berufungsklägers. Ein solcher Antrag ist dem Appellaten aber nur zustellen zu lassen, wenn ein Anwalt für denselben im Laufe der Erscheinungsfrist bezw. nach deren Ablauf, aber vor Anmeldung der Sache bestellt worden ist, weil außerdem der Anwalts-Proceß nicht eingeleitet wäre, folglich auch kein Schriftenwechsel stattfinden könnte [4]).

Was nun

I. den Inhalt des motivirten Antrags des Appellanten betrifft, so hat dieser eine genaue Bezeichnung der Beschwerdepuncte und deren Ausführung, sowie die etwa nachzutragenden neuen Thatsachen, Angriffs- oder Vertheidigungs- und Beweismittel (in genere), dann Ansprüche zu enthalten [5]).

Die Beschwerdepuncte können bestehen in angeblichen Verletzungen formaler Rechtsvorschriften durch das Gericht, also solcher, welche bei Fällung des angefochtenen Urtheils oder bei dem ihr vorausgegangenen Verfahren oder bei jenen nicht selbständig appellablen Bescheiden vorgekommen sind, welche mit die Grundlage der angefochtenen Entscheidung bilden, — oder in angeblich unrichtiger Anwendung des materiellen Rechts, in falscher Auffassung und Beurtheilung der Thatsachen, in unzutreffender Anwendung des freirichterlichen Ermessens ꝛc. Sie können auch bestehen in angeblichen Gefährden des eigenen Vertreters oder des Gegners, welche unter anderen Voraussetzungen zur Wiederaufnahmsklage berechtigen würden u. s. w.

Die Ausführung der Beschwerden hat die Rechtfertigung der Appellation in formaler Hinsicht (Statthaftigkeit, Giltigkeit, Rechtzeitigkeit der eingelegten Appellation §§. 420, 421 und 422) und die materielle Begründung der einzelnen gravamina zu umfassen.

Diese kann sich auf bloße Rechtsausführungen beschränken oder auf die Anführung bezw. Geltendmachung von Thatsachen, Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismitteln erstrecken.

Waren letztere schon in der Vorinstanz geltend gemacht, so steht deren Reproduction behufs wiederholter Beurtheilung kein Hinderniß im Wege.

Aber auch, wenn sie in der Vorinstanz noch nicht vorgebracht waren, also neu sind, ist deren Geltendmachung in II. Instanz im Allgemeinen unbehindert. Denn die Appellation hat nicht sowohl den Zweck, eine Revision des unterrichterlichen Urtheils in einer Zweitinstanzverhandlung, als

3) Artikel 710 Absatz 1 Pr. O.
4) Artikel 713 Absatz 1 Pr. O.
5) Artikel 713 Absatz 1 Pr. O.

eine zweite Erstinstanzverhandlung herbeizuführen. Nicht ganz Dasselbe gilt bezüglich neuer Ansprüche. Im Einzelnen stellt sich die Sache wie folgt:

1) Neue Thatsachen dürfen, soferne dadurch die ursprüngliche Klage nicht geändert wird [6]), von dem Kläger in der Berufungsinstanz noch geltend gemacht werden [7]).

Neue processuale [8]) oder materielle Angriffs- und Vertheidigungsmittel (die Einreden der Zahlung, Compensation ꝛc., Repliken) dürfen im zweiten Rechtszuge ebenfalls geltend gemacht werden, auch wenn sie bereits vor der Verhandlung zum angefochtenen Urtheile entstanden waren [9]), vorausgesetzt jedoch, daß darauf die Partei nicht bereits im ersten Rechtszuge ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen verzichtet hat und daß sie derselben nicht kraft rechtskräftiger richterlicher Entscheidung oder kraft gesetzlicher Vorschrift verlustig geworden ist [10]). Als ein factischer Verzicht ist selbstverständlich die bloße Nichtgeltendmachung des Angriffs- oder Vertheidigungsmittels in der Vorinstanz nicht zu betrachten [11]). Proceßeinreden, welche in I. Instanz nicht erhoben wurden, sind gleichwohl in II. Instanz unzulässig, weil sie schon im ersten Rechtszuge kraft gesetzlicher Vorschrift an ein bestimmtes Proceßstadium gebunden sind. Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche der Erstrichter verworfen hat, sind nicht schon kraft dieser erstrichterlichen Entscheidung beim Oberrichter ausgeschlossen, sondern nur, wenn die Partei es unterlassen hat, ihre Beschwerde hiegegen mit der Berufung wider jenes appellable Urtheil zu verbinden, zu dessen Unterlagen sie gehören. A. Pr. III, 30. A. Ref. II, 314.

Was von neuen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, gilt auch von neuen Beweismitteln. Hievon ist es nur eine Consequenz, wenn das Gesetz sagt, daß für Thatsachen, wegen welcher im ersten Rechtszuge eine Zeugenvernehmung stattgefunden hat, vor dem Berufungsgericht andere Zeugen nicht vorgeschlagen werden dürfen. Ausschließung kraft gesetzlicher Vorschrift [12]). Uebrigens dürfen in II. Instanz solche Zeugen auch nicht als Novitätszeugen (Artikel 415) zugelassen werden. Nicht zu verwechseln hiemit ist der Fall, wo die Verwerfung oder Nichtzulassung von Zeugen in I. Instanz gerade den Gegenstand der Beschwerde bildet. Inwieweit in II. Instanz frühere Geständnisse zurückgenommen werden können, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Das im Versäumungsurtheil fingirte Geständniß kann, wenn statt des Einspruchs Berufung eingelegt wird, unbedingt zurückgenommen werden. Ueber das Ganze vergleiche §§. 317—319.

Einer Partei, die im Berufungsverfahren neue Thatsachen, An-

---

6) Vgl. die Lehre von der Klagsänderung. Mit Zustimmung des Beklagten wird wohl eine Klagsänderung statthaft sein.
7) Artikel 707 Absatz 1 und 2 Pr. O.
8) z. B. Proceßeinreden.
9) Abg. Prot. III, 29—30.
10) Artikel 707 Absatz 1 u. 3 Pr. O.
11) Abg. Prot. IV, 174—175.
12) Artikel 707 Absatz 1, 3 u. 4. Vgl. auch Artikel 412 u. 415 der Pr. O.

griffs-, Vertheidigungs- oder Beweismittel geltend gemacht hat und auf Grund dieses neuen Vorbringens obsiegt, können[13]), wenn ihr die Beibringung schon im ersten Rechtszug möglich gewesen wäre, ihres Siegs in der Hauptsache ungeachtet die Kosten der zweiten Instanz ganz oder theilweise zur Last gelegt werden. Ob die Möglichkeit der früheren Beibringung vorhanden gewesen, ist nach richterlichem Ermessen ohne Zulassung eines Beweisverfahrens zu entscheiden[13a]).

2) Ansprüche, die im ersten Rechtszuge nicht geltend gemacht wurden, dürfen, soweit nicht das Gesetz eine Ausnahme besonders gestattet, in der Berufungsinstanz auch dann nicht erhoben werden, wenn von Seite des Gegners hiegegen eine Erinnerung nicht gemacht wird[14]). Doch sind hiemit solche Ansprüche nicht ausgeschlossen, welche, wenn auch nicht wörtlich und primär in den Erstinstanzanträgen enthalten, doch virtuell bereits geltend gemacht waren[15]).

Von der erwähnten Vorschrift sind ausgenommen:

a) Ansprüche, welche seit der Verhandlung, die dem angefochtenen Urtheil zu Grund liegt, gleichviel ob vor oder nach der Urtheilsverkündigung, aus dem nämlichen Forderungsgrunde entsprungen, desgleichen Nebenforderungen an Früchten, Zinsen und Entschädigungen, welche seither erwachsen sind[16]).

b) Ansprüche, welche statt auf die ursprünglich geforderte Sache wegen Veräußerung oder Untergangs derselben auf Leistung der Entschädigung gerichtet sind[17]).

c) Anträge auf Vorsichtsverfügungen[18]), welche mit dem Gegenstande des Rechtsstreits in Zusammenhang stehen[19]); außerdem alle Zwischenfragen, zu welchen die Verhandlung der Appellation bezw. Adhäsion Veranlassung gibt, auch wenn sie in I. Instanz nicht aufgetaucht waren (vgl. Artikel 9—10 Pr. O.).

Ansprüche gegen dritte Personen können selbstverständlich in appellatorio nur soweit erhoben werden, als das Gesetz eine Hereinziehung derselben auch im 2. Rechtszuge besonders gestattet[20]), widrigenfalls sie bei ihrem ordentlichen Richter in I. Instanz zu belangen sind.

d) Widerklagen, welche im ersten Rechtszug nicht erhoben wurden, dürfen in der Appellationsinstanz noch erhoben werden, wenn der mittels der Widerklage geltend zu machende Anspruch erst nach der Verhandlung, die dem angefochtenen Urtheil zu Grunde liegt, entstanden ist und zugleich in zuläßiger Weise ganz oder theil-

---

13) Nicht müssen, so wenn zwar der Appellant im ersten Rechtszug gewisse Vorbringen unterlassen, der Appellat aber durchweg frivol processirt hat.

13a) Artikel 736 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. III, 30.

14) Artikel 704 Pr. O. Diese Ansicht läßt sich allerdings bestreiten.

15) Abg. Prot. III, 30.

16) Artikel 705 Ziffer 1 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. III, 29, 30. Conform mit Artikel 182 Absatz 2.

17) Artikel 705 Ziffer 2 Pr. O. Conform mit Artikel 182 Absatz 1.

18) Vgl. Artikel 618 Ziffer 2 und Artikel 619 der Pr. O.

19) Vgl. Artikel 66 und Artikel 71 Absatz 2 Pr. O.

20) Vgl. Artikel 705 Ziffer 3 Pr. O.

weise zur Compensation benutzt wird [21]). Ist Compensation nach dem einschlägigen Civilrecht z. B. wegen Mangels der Liquidität unzuläßig, so ist auch die Widerklage unstatthaft [22]).

Aeltere Gegenforderungen können in appellatorio nur compensirt werden.

II. Anlangend die Form des motivirten Antrags des Appellanten, so gelten hiefür die allgemeinen Vorschriften über solche Anträge. Vgl. §. 284.

Wiederholungen der in früheren Schriftsätzen enthaltenen Ausführungen sind möglichst zu vermeiden [23]). Enthält schon ein in I. Instanz verfaßter Schriftsatz Alles, was der Anwalt in II. Instanz vortragen will, so soll nicht jenes Schriftstück abgeschrieben, sondern sich darauf bezogen und in der mündlichen Verhandlung das etwa Mangelhafte der früheren Darstellung verbessert werden. Freilich wird eine vollständig neue Darstellung nicht selten im Sachinteresse liegen. Eine muthwillige Nichtbeachtung der bezeichneten Vorschrift kann zwar, da die Gebührensätze fix sind, nicht mit Abstrich, aber nach Umständen disciplinär geahndet werden.

Sind neue Thatsachen ꝛc. vorzuführen, so ist Artikel 717 der Pr. O. selbstverständlich nicht anwendbar [24]).

III. Der motivirte Antrag des Appellanten ist innerhalb 15 Tagen von Zustellung der Anzeige über die geschehene Anwaltsbestellung an zustellen zu lassen [25]).

Die Frist läuft also nicht erst vom Ablaufe der Erscheinungsfrist, wenn der Appellat die seinerseitige Anwaltsbestellung schon vorher hat significiren lassen [26]).

IV. Was die an den motivirten Antrag geknüpften Wirkungen betrifft, so steht derselbe als Act im schriftlichen Vorbereitungsverfahren unter der allgemeinen Regel der Artikel 251 und 243 ꝛc. der Pr. O. [27]). Es kann deshalb auf das hierüber in der Lehre vom bezirksgerichtlichen Verfahren Gesagte Bezug genommen werden. Selbstverständlich finden die dort erläuterten Bestimmungen hier nur analoge Anwendung, namentlich insofern es der Appellant ist, der den Schriftenwechsel zu beginnen hat.

Gewisse besondere Wirkungen aber kommen dem motivirten Antrage des Appellanten

1) deshalb und insoweit zu, als derselbe die Bezeichnung der Beschwerdepuncte zu enthalten hat, woran sich hinwieder die umfängliche Fixirung des Suspensiv- und Devolutiveffects der Berufung knüpft. Vgl. §. 424 und 425.

2) Hat der Anwalt des Appellanten einen motivirten Antrag nicht zustellen lassen, so besteht auch für den Anwalt des Appellaten keine Verpflichtung, seinerseits einen motivirten Antrag mitzutheilen, da er

21) Artikel 706 Pr. O.
22) Abg. Prot. III, 95.
23) Artikel 717 Pr. O.
24) Abg. Prot. III, 97—98.
25) Artikel 713 Absatz 1 Pr. O.
26) Abg. Prot. III, 99.
27) Abg. Ref. II, 310.

ja die gravamina app. gar nicht kennt [28]). Es ist deshalb seinem Ermessen überlassen, einen solchen Antrag gleichwohl zustellen zu lassen oder nur in der Sitzung zu hinterlegen [29]).

3) Ueber das Recht des Appellaten zur Anmeldung der Sache bei Gericht, wenn der Appellant einen motivirten Antrag nicht hat zustellen lassen, siehe §. 429.

## §. 428 [1]).

Hat der Appellant seinen motivirten Antrag zustellen lassen, so muß auch der Anwalt des Appellaten einen solchen mittheilen [2]).

Dieser Antrag hat:

I. Die zur Beantwortung der Appellation erforderlichen thatsächlichen Anführungen (Berufungsbeantwortung), die Anführung der zur Begründung des appellatischen Gesuchs wesentlichen rechtlichen Gesichtspuncte, das Gesuch selbst und die Bezeichnung etwaiger Beweismittel (in genere) zu umfassen. Er kann überdies eine Adhäsion enthalten.

Die Adhäsion erfordert die Erklärung, daß adhärirt werde, die Bezeichnung der Beschwerdepuncte, deren Ausführung, dann die Angabe der etwa nachzutragenden neuen Thatsachen, Angriffs=, Vertheidigungs= und Beweismittel, endlich die Angabe der nachzutragenden Ansprüche, soweit sich all' dies auf die Anschließung bezieht. Die Grundsätze, welche in dieser Hinsicht für den motivirten Antrag des Appellanten gelten, finden hieher entsprechende Anwendung.

Gleiches gilt für den Inhalt des motivirten Antrags, insoweit derselbe die Vertheidigung des Appellaten gegenüber der Berufung betrifft. Nur in Ansehung der zur Berufungsbeantwortung erforderlichen thatsächlichen Anführungen sind noch einige Bemerkungen veranlaßt.

Den möglichen Gegenstand derselben bilden Proceßeinreden, die Bekämpfung der Rechtsbehauptungen des Appellanten und die Einlassung allenfalls mit Widerklage, sofern der Appellant die Rolle des Beklagten im ersten Rechtszuge gehabt hat.

Während in allen diesen Beziehungen, und auch was Proceßeinreden im Allgemeinen betrifft, Nichts von den einschlägigen Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens, soweit sie nach der Natur der Sache anwendbar

---

28) Abg. Prot. III, 26—27.
29) Artikel 716 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 690 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 306—307.
Abg. Prot. III, 14—15, 78, 88, 131.
R. Prot. III, 11.
Quellen zu Artikel 691 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 305—306.
Abg. Prot. III, 14, 15, 17—18, 78, 88, 131.
R. Prot. III, 11.
Quellen zu Artikel 714 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 312—313.
Abg. Prot. III, 26—27, 80, 97, 133.
R. Prot. III, 19.
2) Artikel 714 und 716 Pr. O.

sind, Abweichendes gilt[3]), ist es die Einrede der Werthsincompetenz, für welche das Gesetz besondere Bestimmungen enthält.

Wo nämlich der Mangel der Berufungssumme nicht von Amtswegen zu berücksichtigen ist[4]), muß, wie in I. Instanz[5]), die darauf gerichtete Einrede, gleichviel ob der Appellant eine bestimmte Werthangabe gemacht hat oder nicht, bei Vermeidung des Ausschlusses vor jeder Vertheidigung in der Hauptsache geltend gemacht werden[6]). Der Appellant ist gesetzlich zur Angabe des Werthes des Beschwerdegegenstandes nicht verpflichtet. Es ist unter allen Umständen Aufgabe des Appellaten, zu prüfen, ob die Berufungssumme gegeben ist oder nicht[7]).

Hat der Appellat die Einrede der Werthincompetenz in zulässiger Weise erhoben, so ist hierüber vor Allem zu verhandeln. Das Verfahren ist demjenigen nachgebildet, welches für die erste Instanz bei Bestimmung der Summen-Competenz stattfindet[8]). Die Parteien haben, wenn die Einrede wirklich erhoben ist[9]), erforderlichen Falls die zur Ermittelung des Werthes dienlichen, ihnen verfügbaren Behelfe in der Verhandlung vorzulegen. Die vorgängige Mittheilung dieser Behelfe unter den Parteien richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über Urkundenmittheilung[10]). Findet sich das Gericht weder hiedurch noch sonst in der Lage über den Werth des Beschwerdegegenstandes die erforderliche Entscheidung zu treffen, so kommen die Bestimmungen des Artikel 188 Absatz 3 und 4 zur Anwendung. Vgl. §. 291 Ziffer II, 4. Der Appellat hat die Kosten des Verfahrens stets zu tragen, wenn eine gerichtliche Schätzung angeordnet worden ist und diese die Berufungssumme ergeben hat. Wird in andern Fällen das Vorhandensein der Berufungssumme angenommen, so kann die Entscheidung im Kostenpunct dem Endurtheil vorbehalten und kann in diesem der in der Hauptsache unterliegende Theil (also auch der Appellant) mit in die Kosten des Vorverfahrens verurtheilt werden[11]).

II. Hinsichtlich der Form des appellatischen motivirten Antrags finden die bezüglichen Vorschriften für den Antrag des Appellanten entsprechende Anwendung.

III. Der motivirte Antrag des Appellaten ist spätestens 3 Tage vor der Sitzung, in welcher die Sache zum Aufruf kommt, zustellen zu lassen[12]).

IV. Anlangend die Wirkungen, welche sich an die Mittheilung, Unterlassung oder Unvollständigkeit des motivirten Antrags des Appellaten knüpfen, finden die allgemeinen Vorschriften über das schriftliche Vorverfahren analoge Anwendung (Artikel 251)[13]).

---

3) Also auch Artikel 184 ff. Pr. O.
4) Vgl. §. 431.
5) Artikel 188 Absatz 1 Pr. O. Vgl. §. 291 Ziffer II, 4.
6) Artikel 690 Pr. O.
7) Vgl. Abg. Prot. III, 14 u. 88.
8) Abg. Prot. III, 88.
9) Artikel 172 ff. Pr. O.
10) Der Appellant hat also solche Behelfe nicht schon von vorneherein vorzulegen. Vgl. auch Abg. Prot. I, 258.
11) Artikel 691 Pr. O.
12) Artikel 714 Pr. O.
13) Vgl. auch Abg. Prot. III, 26—27.

## III.

## Hinterlegung der Anträge.

### §. 429 [1]).

I. Der vorbereitende Schriftenwechsel bleibt in der Regel auf je einen Schriftsatz von Seite jeder Partei beschränkt. Vgl. §§. 427 und 428.

Doch ist dem Gerichte unbenommen, nach Erforderniß der Sache weiteren Schriftenwechsel anzuordnen. Artikel 710 Pr. O. Auch der Appellant kann noch einen Schlußantrag zustellen lassen, wenn die Sachlage dies räthlich erscheinen läßt, wenn z. B. Anschließung erfolgt ist, neue Thatsachen vorzubringen oder zu bekämpfen sind u. s. w. Man erspart damit die richterliche Anordnung weiteren Schriftenwechsels.

Entgegen kann auch jeder Schriftenwechsel im Berufungsproceß hinwegfallen. Die Bestimmungen über die Abkürzung des Vorverfahrens finden nämlich bei Gefahr auf Verzug auch im zweiten Rechtszuge Anwendung. Artikel 710 Pr. O. [2]). Jede Partei kann das abgekürzte Verfahren beantragen. Allerdings fragt es sich, ob nicht wenigstens der Appellant einen motivirten Antrag auch in solchem Fall mittheilen bezw. mitgetheilt haben müsse. Man kann die Frage unter Berufung darauf verneinen, daß das Gesetz den motivirten Antrag des Appellanten auch in anderer Hinsicht nicht analog einer Klage betrachtet, selbst zuläßt, daß eine Sache ohne Mittheilung jeglichen motivirten Antrags für die Sitzung angemeldet werde. Artikel 716 Pr. O. Immerhin möchte die Bejahung derselben dem Geiste des Gesetzes wie der Natur der Sache mehr entsprechen. Ueber den Fall, wenn neue Thatsachen und Ansprüche erst in der Sitzung geltend gemacht werden wollen, in welcher ein Theil nicht erschienen ist, vgl. §. 432.

II. Ist das abgekürzte Verfahren gestattet worden, so ist Sitzung unmittelbar zur Verhandlung ohnehin durch den Gerichts- oder Se-

---

1) Quellen zu Artikel 711 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 310—311; III, 68—69.
Abg. Prot. III, 23—24, 79—80, 97, 133; IV, 175, 185.
R. Ref. II, 225—226.
R. Prot. III, 19; IV, 73.
Quellen zu Artikel 713 Absatz 2 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 69.
Abg. Prot. III, 26—27, 30, 80, 97, 133; IV, 175, 185.
R. Prot. III, 19.
Quellen zu Artikel 716 Pr. O.:
Abg. Prot. III, 26—27, 80, 97, 133.
R. Prot. III, 19.
Quellen zu Artikel 718 Pr. O.:
Abg. Prot. III, 27, 80, 98, 133.
R. Prot. III, 19.

2) Abg. Prot. III, 28, 92; Abg. Ref. II, 313.

natsvorstand anberaumt und richtet sich das weitere Verfahren nach Artikel 259 ff. Pr. O.

Im regelmäßigen Verfahren kann nach Zustellung des motivirten Antrags des Appellanten die Sache von jedem Theile zur Sitzung angemeldet werden[3]). Hat aber der Anwalt des Appellanten einen motivirten Antrag nicht zustellen lassen, so kann dieser die Sache überhaupt nicht anmelden[4]). Er soll nicht die Macht haben, den Appellaten zu nöthigen, über eine Berufung zu verhandeln, bezüglich welcher nicht einmal die Beschwerdepuncte bezeichnet sind. Ist die Frist für die Zustellung des appellantischen Antrags unbenutzt verstrichen, so kann nur der Appellat die Sache anmelden[5]), um die Verhandlung herbeizuführen, wenn er an dieser ein Interesse hat, also hauptsächlich, wenn er durch die Einlegung der Appellation an der Einleitung oder Fortsetzung der Execution gehindert ist. Erscheint der Appellant in der Sitzung, so kann der Appellat die Vertagung der Sache auf Kosten des Gegners behufs vorerstiger Mittheilung der motivirten Anträge beantragen. Erscheint der Appellant nicht, so wird seine Berufung ohnehin sofort verworfen. Verfrühte Anmeldung von der einen oder anderen Seite hat zur Folge, daß auf Verlangen des Gegners Vertagung eintritt, wenn er in den ihm gesetzlich zustehenden Fristen verkürzt ist. R. Ref. II, 27 und 28.

III. Ist im regulären Verfahren die Anmeldung der Sache zur Sitzung erfolgt, so bestimmt sich hienach die Tagfahrt zur Hinterlegung der Anträge und Fixation der mündlichen Verhandlung. Es finden hierauf die allgemeinen Bestimmungen Anwendung.

IV. Da das Berufungsgericht ohne Einsicht der bezüglichen Urtheile und Beweisprotokolle ꝛc. nicht entscheiden könnte, sind ihm dieselben zum bezeichneten Zweck vorzulegen.

1) Nach Einlegung der Berufung kann jede Partei verlangen, daß die in den Acten des Untergerichts befindlichen Protokolle über Beweisaufnahmen an die Gerichtsschreiberei des Berufungsgerichts eingesendet werden. Dies ist nicht blos nöthig, weil keine Partei gehalten ist, der anderen Ausfertigung der Beweisprotokolle zuzustellen, ja nicht einmal sich selbst ertheilen zu lassen, sondern auch, weil die bezeichneten Schriftstücke dem aburtheilenden Gericht in Urschrift vorliegen sollen[6]). Das Verlangen um Einsendung ist durch die Partei oder einen Bevollmächtigten derselben bei dem Gerichtsschreiber des Untergerichts mündlich unter Production des Berufungsactes oder schriftlich unter Beilegung dieses alsbald vom Gerichtsschreiber zurückzugebenden Actes anzubringen. Das Gesuch kann im Uebrigen ganz formlos gestellt werden. Advocaten und Gerichtsvollzieher, welche als Bevollmächtigte auftreten, bedürfen keines Nachweises der Bevollmächtigung. Der Gerichtsschreiber hat dem gestellten Gesuche unverzüglich zu entsprechen[7]). Die Protokolle bleiben bis zur er-

3) Artikel 713 Absatz 2 Pr. O.
4) Abg. Prot. III, 27.
5) Artikel 716 Pr. O.
6) Artikel 344 Absatz 3 Pr. O.
7) Artikel 711 Pr. O.

folgten oberrichterlichen Entscheidung auf der Gerichtsschreiberei des Berufungsgerichts hinterlegt und werden dann an den Gerichtsschreiber des Untergerichts remittirt [8]).

Befinden sich Acten der in Artikel 392 Pr. O. bezeichneten Art noch beim Untergerichte, welche für die Entscheidung der Berufung von Relevanz sind, so findet Artikel 711 hierauf analoge Anwendung [9]). Wären dieselben bereits an die betreffende dritte Behörde ꝛc. wieder zurückgegeben, oder zeigt sich erst in der Berufungsinstanz das Bedürfniß der Benützung solcher Acten, so kommt das in Artikel 392 Pr. O. vorgezeichnete Verfahren auch im zweiten Rechtszuge zur Anwendung.

2) Dem Appellanten liegt ob, das angefochtene Urtheil nebst dem Nachweis über dessen Zustellung, sowie die allenfalls vorausgegangenen Zwischenurtheile des ersten Rechtszugs, welche für die Würdigung der Berufung von Einfluß sind, in Ausfertigung oder in der ihm zugestellten Abschrift in der Berufungsinstanz vorzulegen [10]). Die Vorlage kann in der Hinterlegungs- und muß spätestens in der Verhandlungssitzung erfolgen. Welche Urtheile der Appellant vorlegen will, steht zunächst in seinem Ermessen. Erweist sich im Laufe der Verhandlung eine weitere Vorlage als nöthig, so ist solche unter Vertagung der Verhandlung dem Appellanten aufzutragen [11]). Der vorbezeichnete Zustellungsnachweis muß namentlich deshalb mit vorgelegt werden, weil das Gericht die Rechtzeitigkeit der Appellationseinlegung von Amtswegen zu prüfen hat [12]).

Was hier vom Appellanten gesagt ist, gilt selbstverständlich auch vom Anschließungskläger, insoweit für die Beurtheilung der Adhäsionsbeschwerde weitere Vorlagen geboten sind.

Bleibt der vorlagepflichtige Theil bei der Verhandlung aus, so geht die Verbindlichkeit auf dessen erschienenen Gegner über, soweit überhaupt unter diesen Umständen das Gericht eine Vorlage noch als nöthig erachtet.

## IV.

### Verhandlung der Sache [1]).

### §. 430.

I. Die Verhandlung der Sache richtet sich in der Berufungsinstanz ohne Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Berufungsgerichte

---

8) Abg. Prot. III, 97.

9) Dasselbe möchte von den einschlägigen Proceßacten des Untergerichts in allen Sachen gelten, welche, bisher nach Cod. jud. verhandelt, nun ins neue Verfahren übergehen.

10) Artikel 708 Pr. O.

11) Abg. Prot. III, 28.

12) Abg. Prot. III, 27.

1) Quellen zu Artikel 710 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 312, 313.

nach den für die Bezirksgerichte maßgebenden Vorschriften, und zwar nicht blos wie sie im Hauptstück VI ff., sondern auch in den vorhergehenden Hauptstücken vorgesehen sind, soweit nicht diese sich ihrer Natur nach ausschließlich auf den ersten Rechtszug beziehen und nicht für die Berufungsinstanz abweichende Bestimmungen im Gesetze getroffen sind [2]). Dies gilt sowohl von der ersten, wie von der Schlußverhandlung einschließlich des ihr vorhergehenden Beweiserhebungsverfahrens. Es gilt endlich sowohl von Verhandlungen über die Hauptsache, als von Separatverhandlungen über Vorfragen. Es gilt endlich nicht blos von ordentlichen, sondern auch von den außerordentlichen Proceßarten.

Der Modificationen, welche das Gesetz hinzufügt, sind wenige.

1) Ist in der der vorgängigen beiderseitigen Hinterlegung der Anträge folgenden Verhandlung nur eine der Parteien erschienen und will diese ihre Berufung oder Anschließung in der thatsächlichen Begründung oder durch Erweiterung des Gesuchs ändern, weitere Beschwerden erheben oder die bisher nicht erklärte Anschließung geltend machen, so ist Vertagung und nachträgliche Zustellung eines motivirten Antrags anzuordnen [3]). Hiezu kommt

2) Die Vorschrift, daß, soweit dem Untergerichte die Befugniß zur Anordnung wiederholter Erhebung von Beweisen zusteht, dies auch vom Berufungsgerichte geschehen kann [4]).

3) Die bereits erläuterte Bestimmung des Artikel 734 über das Beweisaufnahmsverfahren gehört gleichfalls hieher, nicht minder

4) Die Vorschrift, daß bei den Handelsappellationsgerichten auch die Bestimmungen des Artikel 526 (wohl auch des Artikel 528) der Pr. O. und, soweit es sich um Wechsel oder kaufmännische Anweisungen handelt, jene der Artikel 547 und 548 zur Anwendung kommen [5]), während die Vorschriften über Betheiligung des Staatsanwalts, da ein solcher an Handelsappellationsgerichten nicht angestellt ist, wegfallen.

II. Anlangend den rechtlichen Charakter der Berufungsverhandlung, so kommen im Allgemeinen die Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens zur Anwendung. Vgl. §§. 317—319, 427—428. Doch ist nach der ersten die Sache selbst betreffenden contradictorischen Verhandlung auch eine an sich zuläſſige (Artikel 704 und 705 der Pr. O.) Erweiterung des Berufungs- oder Anschließungsantrags, soweit sie nicht unter die Bestim-

---

Abg. Prot. III, 25—26, 28, 79, 96—97, 132; IV, 175, 185.
R. Ref. II, 224—225.
R. Prot. III, 19; IV, 73.
Quellen zu Artikel 720 Pr. O.:
Abg. Prot. III, 28, 80, 98, 133.
R. Prot. III, 19.
Quellen zu Artikel 734 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 317.
Abg. Prot. III, 35, 81, 101—102, 134.
R. Prot. III, 24.

2) Artikel 710 Absatz 1 Pr. O.
3) Artikel 245 Absatz 2 Pr. O.
4) Artikel 710 Absatz 3 Pr. O. Vgl. auch Artikel 423 Pr. O.
5) Artikel 710 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. III, 96—97.

mungen der Artikel 181 und 182 der Pr. O. fällt, sowie die Erhebung weiterer Beschwerden nicht mehr statthaft[6]). Weitere gravamina können also namentlich nicht mehr in einer in II. Instanz erfolgenden Beweis- oder Eidesschlußverhandlung erhoben werden. Der Grund ist ein doppelter: einmal ist nämlich die erste, die Sache selbst betreffende contradictorische Verhandlung zugleich bestimmt, dasjenige umfänglich zu fixiren, was an den Oberrichter devolvirt ist (Artikel 721[7]) der Pr. O.); zum Andern werden die motivirten Anträge nicht sowohl als bestimmende Schriftsätze gleich der Klageschrift in I. Instanz, denn als vorbereitende Schriftsätze aufgefaßt. Folgerecht knüpfen sich die Beschränkungen, welche das Gesetz für die Aenderung der Klageschrift in Artikel 180 vorschreibt, angewandt auf den Berufungsproceß, erst an den Schluß der ersten mündlichen Verhandlung, gerade so wie im Verfahren ohne Schriftenwechsel[8]).

Uebrigens gilt das nicht auch von der Verhandlung im Versäumungsverfahren. Sonst müßte schon der motivirte Antrag des ausgebliebenen Appellanten die Sache abschließen, während er doch berechtigt ist, durch Einspruch die Wiederholung der Verhandlung herbeizuführen[9]).

## V.

## Urtheil.

### §. 431 [1]).

Wenn in Artikel 710 Absatz 1 der Pr. O. gesagt ist, daß die Urtheile in der Berufungsinstanz sich nach den Vorschriften des bezirksgerichtlichen

6) Artikel 720 Pr. O.
7) Abg. Prot. III, 28. Vgl. §. 424.
8) Abg. Prot. III, 28.
9) Abg. Prot. III, 28.
1) Quellen zu Artikel 709 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 315—317.
Abg. Prot. III, 31—35, 79, 96, 132.
R. Prot. III, 19.
Quellen zu Artikel 710 Pr. O.:
R. Ref. II, 312, 313.
Abg. Prot. III, 25—26, 28, 79, 96—97, 132; IV, 175, 185.
R. Ref. II, 224—225.
R. Prot. III, 19; IV, 73.
Quellen zu Artikel 724 Ziffer 3 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 69.
Abg. Prot. III, 21—22, 88, 98, 133; IV, 175, 186.
R. Ref. II, 226.
R. Prot. III, 19; IV, 73.
Quellen zu Artikel 725 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 306—307; III, 69.
Abg. Prot. III, 14—15, 80—81, 98, 133; IV, 175, 186.
R. Ref. II, 227.
R. Prot. III, 19; IV, 73.
Quellen zu Artikel 727 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 69.
Abg. Prot. III, 81, 98—99, 134; IV, 175, 186.

Verfahrens richten, soweit nicht diese sich ihrer Natur nach auf den ersten Rechtszug beziehen und nicht abweichende Bestimmungen für den zweiten Rechtszug ausdrücklich getroffen sind: so will damit ausgesprochen werden, daß nicht blos die einschlägigen Vorschriften des Hauptstücks VI u. ff. hieher Anwendung finden[2]), sondern auch die allgemeinen Bestimmungen hinsichtlich der Rechtsprechung überhaupt. Hiernach gelten, von den ersterwähnten Vorschriften abgesehen, was

I. die materiellen Grundsätze anlangt, auch für den Berufungsrichter die Normen der Verhandlungsmaxime. Die Partei ist im zweiten Rechtszuge so gut wie im ersten dispositionsfrei in Ansehung der Geltendmachung von Thatsachen, Beweisen, Gesuchen. Gegenüber steht die Herrschaft des Berufungsrichters in Ansehung des materiellen und formalen Rechts (Proceßdirection). Vgl. §§. 166, 225 ff. und 234 ff.

Hiezu gibt das Gesetz zwar einige weitere Bestimmungen; doch enthalten diese theils reine Ausführungsvorschriften, theils Modificationen, welche die veränderte Sachlage in appellatorio gebietet.

1) Die allgemeine Regel, wonach der Richter in der Anwendung der materiellen und processualen Rechtsvorschriften unabhängig von den Parteien ist, präcisirt das Gesetz für den Berufungsrichter näher wie folgt:

a) Das Berufungsgericht hat die processuale Zuläßigkeit des Rechtsmittels zu prüfen und demgemäß von Amtswegen die Berufung als unstatthaft oder nichtig zu verwerfen, wenn

entweder der Mangel der Berufungssumme bei Geldforderungen aus dem eigenen Vorbringen des Appellanten, in anderen Fällen aus dessen eigenem Werthsanschlage oder aus der im ersten Rechtszuge erfolgten Festsetzung des Werths des Beschwerdegegenstandes sich ergibt (vgl. §. 422[3]);

oder wenn nach der Natur des angefochtenen Urtheils das Rechtsmittel dagegen nicht stattfindet (vgl. §§. 420, 421 und 422);

oder wenn ein anderes, als das zuständige Berufungsgericht angegangen ist (Artikel 696);

---

R. Ref. II, 227.
R. Prot. III, 19; IV, 73.
Quellen zu Artikel 728 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 318, 324; III, 69.
Abg. Prot. III. 35, 48, 81, 99, 134; IV, 175, 186.
R. Ref. II, 227.
R. Prot. III, 19; IV, 73.
Quellen zu Artikel 729 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 315.
Abg. Prot. III, 31, 81, 99, 134; IV, 342, 370.
R. Prot. III, 19; IV, 73—74.
Quellen zu Artikel 734 Pr. O. sieh' bei §. 430.
Quellen zu Artikel 737 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 318; III, 70.
Abg. Prot. III, 37, 82, 102, 135; IV, 176, 187.
R. Prot. III, 24—25.

2) Abg. Prot. III, 96.

3) Alles dies, um Schätzungen zu vermeiden.

oder wenn die Berufung verspätet erhoben ist [4]).

In allen andern Fällen hat das Gericht die Statthaftigkeit oder Giltigkeit der Berufung von Amtswegen nicht weiter zu attendiren [5]), insbesondere also nicht, wenn der Appellant den Werthsanschlag in einem Falle unterlassen hat, wo es sich nicht um eine bestimmte Geldsumme handelt, mag selbst nach den Umständen das Vorhandensein der Beschwerdesumme zweifelhaft sein. Ohne bezügliche Einrede darf der Oberrichter diesen Punct nicht prüfen. Abg. Prot. III, 14, 15. Es gelten hiefür die allgemeinen Grundsätze ganz wie für die Prüfung der Frage, ob die Appellation begründet sei oder nicht.

b) Der Berufungsrichter ist unabhängig bezüglich der processualen Vorbedingungen seiner endlichen Entscheidung in der Sache selbst.

Demgemäß ist das Obergericht an nicht appellable erstrichterliche Vor= [6]) und Zwischenbescheide, welche zur Unterlage des angegriffenen Urtheils gehören, um so weniger gebunden [7]), als schon der Unterrichter nicht daran gebunden war [8]). Ob das Berufungsgericht solche Bescheide für unrichtig oder nicht mehr anwendbar erachtet, macht keinen Unterschied.

Die Parteien können hienach die Unterlagen des erstrichterlichen Urtheils beliebig angreifen und dadurch den Oberrichter veranlassen, sie unberücksichtigt zu lassen [9]).

Aber auch ohne Parteiantrag ist dieser befugt, in Ansehung der wenigstens im Allgemeinen an ihn gebrachten Streitpuncte [10]) ein überflüßiges oder voraussichtlich erfolgloses weiteres Verfahren abzuschneiden und an dessen Stelle die der Sachlage entsprechende anderweite Entscheidung zu erlassen [11]). Er kann eine gesetzwidrige d. h. an sich oder nach Fassung und Form den Vorschriften über den Eid [12]) widersprechende und ebenso eine unnöthige d. h. eine Eidesauflage über nicht oder nicht mehr erhebliche oder nach seiner Ansicht bereits erwiesene Thatsachen [13]) beseitigen [14]). Er kann im Falle des Artikel 708 das Beweisurtheil, wenn er es nicht ganz aufhebt, anders fassen [15]). Letzteres kann namentlich

4) Artikel 725 Pr. O.
5) Abg. Prot. III, 98.
6) Bescheide, welche eine vorbereitende Maßregel anordnen, z. B. das persönliche Erscheinen der Parteien.
7) Artikel 727 Pr. O.
8) Vgl. Artikel 296 Pr. O.
9) Abg. Prot. III, 98—99. Beseitigung der Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Berufung.
10) In Puncten, welche außer aller Beziehung zu jenen Fragen stehen, die seiner Entscheidung unterstellt wurden, darf der Oberrichter keine Aenderungen treffen. Abg. Prot. III, 99.
11) z. B. ein Eides= oder Definitivurtheil setzen.
12) Hauptstück XIV der Pr. O.
13) Abg. Ref. II, 318.
14) Bezw. Endurtheil erlassen. Abg. Prot. III, 99.
15) Artikel 728 Absatz 1 Ziffer 1 Pr. O.

veranlaßt sein, um Uebereinstimmung herzustellen zwischen dem unterrichterlichen Interlocut und jenem Urtheil, welches vom Obergericht über den Theil der Erstinstanzentscheidung erlassen wird, welcher mit Berufung angegriffen ist[16]).

Nicht minder kann aber auch der Oberrichter jeden Vorbescheid, jedes Interlocut erlassen, wenn dies sich als nothwendig für seine endliche Entscheidung darstellt. Es ist keine Abweichung von allgemeinen Bestimmungen, sondern nur eine besondere Art ihrer Anwendung, wenn das Gesetz für den Vollzug solcher Interlocute vorschreibt:

„Hängt die Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Urtheils von einem Beweisverfahren[17]) ab, oder wird nach derselben im Berufungsverfahren ein Beweisverfahren nöthig, so kann das Berufungsgericht die Beweiserhebung einem Untergerichte seines Sprengels übertragen[18]) oder nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften mittels Requisition oder Auftrag veranlassen[19]).“

c) Anlangend die Entscheidung in der Hauptsache, so stehen dem Oberrichter die allgemeinen Befugnisse jedes Richters hinsichtlich der Subsumtion ꝛc. zu. Dies will das Gesetz aussprechen, wenn es in Artikel 724 Ziffer 3 sagt, die Berufung sei als unbegründet zu verwerfen, „wenn ein Beschwerdegrund nicht gegeben ist.“

2) Die allgemeine Regel der Verhandlungsmaxime d. h. der freien Herrschaft der Parteien über den Proceßgegenstand gilt auch für den Berufungsrichter. Demgemäß wird der Berufungsrichter, weil er vor Allem Richter ist, wo das Gesetz nicht anders bestimmt, mit dem Rechtsstreit nur soweit befaßt, als die Abänderung des der Berufung unterliegenden Urtheils beantragt ist[20]). „Ne eat judex ultra petita partium.“ In seiner Eigenschaft als Oberrichter insbesondere aber gilt für ihn die Regel, daß das Urtheil, soweit es sich nicht um Puncte handelt, die das Gericht auch ohne Parteiantrag zu berücksichtigen befugt ist, zum Nachtheil des Appellanten nur in Folge der Anschließung des Appellaten oder einer von diesem erhobenen selbständigen Berufung aufgehoben oder abgeändert werden darf[21]).

Von diesen Grundsätzen besteht nur die Ausnahme, daß

a) das Obergericht auch ohne Parteiantrag die Entscheidung über

16) Abg. Prot. III, 99.
Das Recht des Oberrichters geht gegenüber Interlocuten des Unterrichters weiter als die Befugniß des letzteren selbst. Jener kann Beweisurtheile vor ihrem Vollzug zurücknehmen, dieser nicht (Artikel 332); jener kann ein Eidesurtheil unbedingt beseitigen, dieser nur unter gewissen besondern Voraussetzungen (vgl. §§. 344 ff).

17) In einer früheren Fassung war „Beweisaufnahme“ gesetzt. Abg. Prot. III, 101.

18) Des Weiteren sind die allg. Grundsätze über Delegation maßgebend. Abg. Prot. III, 101.

19) Argum. Artikel 734 Pr. O.

20) Artikel 709 Pr. O.

21) Artikel 729 Pr. O.

die Kosten des ersten Rechtszugs selbst dann abändern kann, wenn das Urtheil in der Hauptsache bestätigt wird [22]);

b) daß das Obergericht, wo die Entscheidung in der Hauptsache dazu Veranlassung gibt, Strafbeschlüsse, die nicht nur auf Antrag einer Partei und in deren Interesse allein (Artikel 864 Absatz 5), sondern von Amtswegen oder auf staatsanwaltschaftlichen Antrag [23]) ergangen sind, aufheben oder mildern kann und zwar ohne Unterschied, ob das Rechtsmittel der Beschwerde dagegen erhoben worden ist oder nicht, sofern nur ersteren Falls die Aburtheilung der Beschwerde durch das Obergericht noch nicht stattgefunden hat [24]).

Bei den Handelsappellationsgerichten kommen weiterhin zur Anwendung die Artikel 549 und 550 Pr. O. [25]).

Schließlich noch die Bemerkung, daß zwar der Artikel 686 des Reg.-Entw., welcher gegen muthwillige Berufungen den Zuspruch von Entschädigung für den Appellaten und von Geldstrafen gegen den Appellanten oder dessen Anwalt vorsah, gestrichen wurde, jedoch nur deshalb, weil man die Bestimmungen des Artikel 119 der Pr. O., dann jene der Adv.-Ordnung für ausreichend erachtete [26]).

II. Anlangend die Urtheilsfällung, die Schöpfung und Verkündung des Urtheils, dessen Eintrag ins Urtheilsbuch, die Darstellung des Sachverhalts, die Ausfertigung und Läuteration des Urtheils, so finden die Bestimmungen des bezirksgerichtlichen Verfahrens Anwendung [27]).

Zu bemerken ist nur, was

1) die Urtheilsschöpfung betrifft, daß das Berufungsgericht zunächst die Zulässigkeit des Rechtsmittels (Berufung, Anschließung) zu prüfen hat [28]) (Artikel 725).

Besteht kein formelles Hinderniß in dieser Hinsicht, so ist gleichwohl nicht in die Prüfung der Sache einzutreten, wenn Appellant bei der Verhandlung nicht erschienen war. (Artikel 724 Ziffer 3.) Vgl. §. 432.

Ist weder in formaler Beziehung etwas zu erinnern, noch Appellant ungehorsam ausgeblieben, so ist auf die Sache selbst einzugehen.

2) Bei den Handelsappellationsgerichten finden die Bestimmungen des Artikel 513 der Pr. O. Anwendung [29]).

3) Ist das erstrichterliche Urtheil, gleichviel ob ein End- oder sonst appellables Urtheil, durch das die Berufung bezw. Anschließung erledigende [30]) Urtheil des Berufungsgerichts ganz oder theilweise abgeändert oder aufgehoben worden: so hat der Gerichtsschreiber des

---

22) Artikel 728 Absatz 1 Ziffer 2 Pr. O.
23) Gleichviel ob in solchem Fall die Partei etwa mit Antrag gestellt hat oder nicht.
24) Artikel 728 Absatz 2. Vgl. R. Ref. II, 227.
25) Artikel 710 Absatz 2 Pr. O.
26) Abg. Prot. III, 36, 37.
27) Artikel 710 Pr. O.
28) Auch in Ungehorsamsfällen.
29) Vgl. das Verfahren vor den Handelsgerichten.
30) Ein Beweis oder Eid auflegendes Urtheil des Oberrichters erledigt die Berufung nicht.

Obergerichts binnen 8 Tagen nach Verkündigung des oberrichterlichen Urtheils einen Auszug des letzteren dem Gerichtsschreiber des Untergerichts zu übersenden. Dies muß so oft geschehen, als eine solche oberrichterliche Entscheidung ergeht. Erkennt also das Berufungsgericht zur Zeit nur in einem Puncte definitiv abändernd, in den übrigen vorerst auf Beweis und später endlich, so ist von jedem dieser Definitivurtheile alsbald ein Auszug zu übersenden. Dasselbe gilt, wenn z. B. im Falle des Artikel 283 der Pr. O. ein weiteres oberrichterliches zu einem bereits erlassenen abändernden Urtheile ergeht. Ebenso ist, wenn das oberrichterliche Urtheil cassirt wird und an dessen Stelle vom Berufungsgericht ein anderes Urtheil ergeht, auch das letzterwähnte Urtheil im Auszug zu übersenden. In dem Auszug sind der Tag der Verkündigung, die Parteien, der Betreff (Streitgegenstand) und die Entscheidung, letztere wörtlich anzugeben. Der Zweck ist, zu verhüten, daß der Gerichtsschreiber des Untergerichts in Zweifel gerathe, welches unterrichterliche Urtheil in Frage sei.

Der Gerichtsschreiber des Untergerichts hat von jeder übersendeten Entscheidung, von dem Gerichte, das sie erlassen hat, und von dem Tage der Verkündigung am Rande des untergerichtlichen Urtheils Vormerkung zu machen und diese jeder späteren Ausfertigung oder Abschrift des Urtheils am Schlusse beizufügen [31]). Handelt es sich um die Vormerkung eines oberrichterlichen Urtheils, welches nur theilweise die Berufung erledigt, in anderen Puncten vorerst Beweis auferlegt hat, so braucht die Entscheidung in letzterer Hinsicht nicht wörtlich vorgemerkt zu werden; es genügt, sie etwa mit den Worten auszudrücken: „im Uebrigen wurde Beweis auferlegt.“ Der Zweck dieser Vormerkungen ꝛc. ist, jedem Interessenten sofort schon beim Untergerichte die Gewißheit zu verschaffen, ob das angefochtene Urtheil und inwieweit es noch besteht oder nicht.

Der vom Obergerichtsschreiber zu übersendende Auszug erfolgt kostenfrei d. h. unter Nichtverwendung von Stempeln, Außeransatzlassung von Taxen und Gerichtsschreibergebühren [32]). Der Gerichtsschreiber des Untergerichts hat den ihm übersendeten Auszug aufzubewahren [33]).

## VI.

### Versäumungsverfahren [1]).

#### §. 432.

Sowohl bezüglich der Versäumung der Appellationsverhandlung als

31) Artikel 737 Pr. O.
32) Artikel 737 Absatz 1. Abg. Prot. III, 102.
33) Abg. Prot. III, 102.
1) Quellen zu Artikel 692 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 305—306.

bezüglich des **Einspruchs**[2]) und eines allenfallsigen Verbindungsurtheils[3]) finden die Vorschriften des bezirksgerichtlichen Verfahrens Anwendung. Nur in ersterer Beziehung gibt das Gesetz theils erläuternde, theils modificirende nähere Vorschriften.

I. Nichterscheinen des Appellaten.

Die Proceßordnung unterscheidet wie im Erstinstanzverfahren der Bezirksgerichte:

1) Den Ungehorsam aus unterlassener Anwaltsbestellung.

Ist für den Appellaten kein Anwalt bestellt worden, so kann der Anwalt des Appellanten nach Ablauf der Erscheinungsfrist die Sache für die Sitzung zum Zwecke eines Versäumungsurtheils **anmelden**. In diesem Fall ist, obschon die **gravamina** noch gar nicht bezeichnet sind, vom appellantischen Anwalt nicht erst ein motivirter Antrag an den Appellaten zuzustellen[4]), sondern der Antrag (ohne Motivirung) nur bei der Verhandlung und zwar jener Verhandlung, in welcher das Versäumungsurtheil erwirkt wird[5]), zu hinterlegen; die Motivirung des Antrags erfolgt mündlich[6]). Ein Vorverfahren findet nicht statt[7]).

Anlangend das **Urtheil**, so ist, wo der Mangel der Berufungssumme nicht von Amtswegen in Betracht kommt (vgl. Artikel 725 Pr. O.), vorbehaltlich des Einspruchs anzunehmen, daß das Vorhandensein derselben nicht bestritten werden wolle[8]). In der Hauptsache darf, da das im ersten Rechtszug Verhandelte und im angefochtenen Urtheil Fixirte nicht ignorirt werden kann, das vom

---

Abg. Prot. III, 14, 15, 78, 88, 131.
R. Prot. III, 11.
Quellen zu Artikel 712 Pr. O.:
Abg. Prot. III, 26 80, 97, 133.
R. Prot. III, 19.
Quellen zu Artikel 719 Pr. O.
Abg. Ref. II, 309; III, 69.
Abg. Prot. III, 20—21, 80, 98, 133; IV, 175, 185.
R. Ref. II, 226.
R. Prot. II, 19; IV, 73.
Quellen zu Artikel 724 Ziffer 3 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 69.
Abg. Prot. III. 21—22, 80, 98, 133; IV, 175, 186.
R. Prot. III, 19; IV, 73.
Quellen zu Artikel 726 Pr. O.:
Abg Ref. II, 313.
Abg. Prot. III, 28—29, 81, 98, 134.
R. Prot. III, 19; IV, 73.

2) In Wechselsachen findet Artikel 551 der Pr. O. in II[a] keine Anwendung. Arg. Artikel 710 der Pr. O.

3) Artikel 316—319 Pr. O.

4) Abweichend vom Ungehorsamsverfahren in I[a] (Artikel 297), in welchem jedenfalls eine Klageschrift zugestellt sein muß.

5) Abg. Prot. III. 97.

6) Abg. Prot. III, 26.

7) Artikel 712 Pr. O.

8) Artikel 692 der Pr. O. Weil eine bestimmte Werthsangabe Seitens des Appellanten nicht erforderlich ist. Abg. Prot. III, 88.

Appellanten Vorgebrachte auch nicht ohne Weiteres, wie im Falle des Artikel 297 der Pr. O. als zugestanden angenommen werden[9]). Vielmehr ist ähnlich wie im Falle des Artikel 346 der Pr. O. nach Lage der Sache zu erkennen. Doch bleibt es dem Ermessen des Obergerichts anheim gestellt, in wieweit die zur Begründung der Berufungsbitte geltend gemachten **Thatsachen** im Gegenhalt zu dem Ergebnisse der erstrichterlichen Verhandlung und Aburtheilung als zugestanden zu betrachten sind[10]). Es wird die Annahme eines solchen Zugeständnisses nur in Bezug auf Thatsachen stattfinden können, welche in I^a noch gar nicht vorgebracht wurden, bezw. bezüglich welcher eine Constatirung der Wahrheit oder Unrichtigkeit im erstrichterlichen Urtheil nicht erfolgt ist, übrigens auch hier vorausgesetzt, daß diese neuen Thatsachen dem Appellaten zuvor durch Zustellung bekannt gegeben worden sind; andernfalls ist wohl auf Beweis zu erkennen. Zwar braucht nach Artikel 712 der Pr. O. dem Appellaten, wenn er die Anwaltsbestellung ganz unterließ, von Seite des Appellanten kein Antrag zugestellt zu werden. Allein daraus folgt noch nicht, daß im hier vorausgesetzten Falle neue Thatsachen für zugestanden gelten könnten, welche dem Appellaten in keiner Weise mitgetheilt waren, — um so weniger, als hierin eine durch Nichts zu rechtfertigende Anomalie gegenüber den allgemeinen Principien läge. (Artikel 299 u. 304 Pr. O.) Jedenfalls ist dem Berufungsrichter zu rathen, sich bei dem ihm gestatteten Ermessen von Proceßgrundnormen nicht allzuweit zu entfernen. Handelt es sich um neue Ansprüche (Artikel 704, 705 und 706 der Pr. O.), gleichviel ob von den bisherigen Haupt-Parteien oder von neuen, erst in den Proceß eingetretenen Parteien geltend gemacht, so müssen in Bezug hierauf die gewöhnlichen Grundsätze des Versäumungsverfahrens (Artikel 299 ff. der Pr. O.) Anwendung finden.

2) Ungehorsam aus dem Nichterscheinen des appellatischen Anwalts bei der Verhandlung der Sache.

Ist der bestellte Anwalt des Appellaten in der zur Hinterlegung der Anträge oder unmittelbar zur Verhandlung (Artikel 259 Pr. O.) bestimmten Sitzung nicht erschienen: so gilt bezüglich des zu erlassenden Urtheils in Ansehung der Berufungssumme das unter Ziffer 1 Bemerkte. In der Hauptsache ist nach Sachlage zu erkennen[11]).

Wollte aber der Appellant die Berufung in der thatsächlichen Begründung oder durch Erweiterung des Gesuchs ändern oder weitere Beschwerden geltend machen, so wäre vorerst Vertagung und nachträgliche Zustellung eines motivirten Antrags anzuordnen[12]).

II. Nichterscheinen des Appellanten.

Da der Appellant vorausgesetzter Maßen einen Anwalt bestellt hat, so kann von einem Ungehorsam desselben nur im Sinne des Artikel 303 der

---

9) Abg. Prot. III, 28—29, 98.
10) Artikel 726 Pr. O.
11) Artikel 692 und 726 der Pr. O.
12) Artikel 719 mit 726 Pr. O.

Pr. O. die Rede sein. Ist hienach der Anwalt des Appellanten in der zur Hinterlegung der Anträge oder unmittelbar zur Verhandlung (Artikel 259) bestimmten Sitzung nicht erschienen, obgleich die erforderliche Aufforderung zum Erscheinen ergangen war, so ist dessen Berufung auf Begehren des Gegenanwalts als unbegründet zu verwerfen [13]); es sei denn ein Fall der von Amtswegen zu prüfenden Unstatthaftigkeit oder Nichtigkeit gegeben, wo sie als unstatthaft oder nichtig zu erklären ist. Dies erscheint von Belang für die Giltigkeit der Anschließung. Würde der Anwalt des Appellaten seine Anschließung in der thatsächlichen Begründung oder durch Erweiterung des Gesuchs ändern wollen oder eine bisher nicht erklärte Anschließung geltend machen, so wäre Vertagung und nachträgliche Zustellung eines motivirten Antrags anzuordnen [14]).

III. Für die unter Ziffer I und II beregten Fälle ist der Umstand, welche Parteirolle der Appellant oder Appellat in I^a eingenommen hat, ohne Einfluß.

Auch kommen die vorbezeichneten Grundsätze, wenn etwa beide Parteien concurrirend Berufung eingelegt haben, für jeden Appellanten bezw. Appellaten zur Anwendung.

Was endlich vom Appellanten gesagt ist, findet im Falle der Anschließung auch auf den Adhärenten und die Adhäsion, was vom Nichterscheinen des appellatischen Anwalts in der zur Hinterlegung der Anträge oder unmittelbar zur Verhandlung bestimmten Sitzung bemerkt ist, auf das Nichterscheinen des Anwalts des Anschließungsbeklagten entsprechende Anwendung [15]).

## II. Hauptstück.

# Beschwerde und Gegenvorstellung.

### I. Capitel.

### Beschwerde.

#### §. 433 [1]).

Der Inbegriff der Fälle, in welchen unmittelbar oder mittelbar Berufung stattfindet, bildet das Gebiet der Judicialappellation.

---

13) Artikel 724 Ziffer 3 der Pr. O.
14) Artikel 719 der Pr. O.
15) Abg. Prot. III, 29.
1) Quellen zu Artikel 738 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 319.
Abg. Prot. III. 37—44, 104, 105—107, 108, 135; IV, 176, 185.
R. Ref. II, 229.
R. Prot. III, 25; IV, 74.
Quellen zu Artikel 760 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 319.
Abg. Prot. III, 37—44, 48. 105, 108, 136; IV, 177. 189.

Ihr steht die Beschwerdeführung gegenüber, ein Rechtsmittel, welches im Wesentlichen der Extrajudicialappellation der bayrischen Gerichtsordnung [2]) entspricht und bezweckt, den Betheiligten Schutz auch gegen ungerechtfertigte Entscheidungen zu sichern, die „extra vim et ordinem processus“ ergangen sind [3]).

I. Beschwerdefälle.

Die Pr. O. enthält eine Reihe von besonderen Bestimmungen, wonach in gewissen einzelnen Fällen das Rechtsmittel der Beschwerde ausdrücklich zugelassen ist; von diesen unter Ziff. 3. Hievon abgesehen läßt sie Beschwerde gegen ganze Kategorien von Entscheidungen (generell) zu; hievon unter Ziffer 1 und 2.

1) Ohne Unterschied ob die beschwerende Entscheidung vom Gerichte [4]) oder von einer einzelnen Richterperson als solcher, ob sie ohne oder mit vorgängiger mündlicher Verhandlung erlassen wurde, sind dem Rechtsmittel der Beschwerde unterworfen Verfügungen [5]), welche nicht unter den Parteien ergangen sind [6]).

Es gehören hieher diejenigen Entscheidungen, welche gegen Dritte, d. h. gegen Personen ergiengen, die zwar an der Sache einen gewissen Antheil genommen haben oder zu nehmen hatten, aber nicht als Haupt- oder Nebenparteien am Streite betheiligt sind z. B. Zeugen, Sachverständige, Bevollmächtigte, Advocaten [7]), Zuschauer. Vgl. z. B. Artikel 430 Absatz 6, auch Artikel 149 Pr. O. [8]).

---

R. Ref. II, 236.
R. Prot. III, 26; IV, 74–75.
Vgl. Seuffert's Commentar Aufl. 2 Bd. IV S. 70 ff.
Vom ersten Juli 1871 abwärts ist in Handelssachen das Bundesoberhandelsgericht an die Stelle des bayer. obersten Gerichtshofs mit derjenigen Zuständigkeit getreten, welche nach bayrischem Recht diesem Gerichtshofe gebührt. Das Nähere hierüber im Reichsgesetze vom 12. Juni 1869, die Errichtung eines obersten Gerichtshofs für Handelssachen betr., und im Reichsgesetze vom 22. April 1871, die Einführung Norddeutscher Bundesgesetze in Bayern betr., §. 5. Erläuterungen hiezu stellen die Excurse von Dr. Staudinger in Aussicht.

2) Cap. XV §. 5 Ziffer 6 und 7.

3) Abg. Ref. II, 319.

4) Scil. vom ordentlich besetzten Gerichte.

5) Ueber den Begriff von „Verfügung“ vgl. §§. 67 und 233.

6) Artikel 738 Ziffer 3 Pr. O.

7) Man hüte sich, hieher jene Fälle zu ziehen, in welchen Advocaten, Gerichtsvollzieher in die Kosten verurtheilt werden (Artikel 110). Hier erscheinen diese insoweit als Parteien.

8) Eine gegen einen Dritten ergangene Verfügung kann allerdings einen gewissen Einfluß auf die Sache selbst haben. Hieher gehört der Fall des Nebenstreites zwischen einer oder beiden Parteien einerseits und einem Zeugen andrerseits über des Letzteren Zeugnißpflicht. Macht dieser einen Befreiungsgrund geltend, welchen die producirende Partei bestreitet, so erscheint letztere gleichsam als Kläger, der Zeuge als Beklagter, die Gegenpartei kann sich wie ein Nebenintervenient betheiligen. Solche Differenz kann in öffentlicher Sitzung vorkommen und durch Urtheil erledigt werden. Gleichwohl besteht für den Zeugen nicht das Rechtsmittel der Berufung, sondern der Beschwerde. Abg. Prot. III, 106—107. Wird der Weigerung des Zeugen stattgegeben, so kann die producirende Partei hiegegen allerdings nur in Verbindung mit der Appellation gegen das Urtheil in der Hauptsache Abhilfe suchen.

Es gehören ferner hieher Entscheidungen, die zwar gegen eine der Parteien ergangen sind, aber nicht zur Sache, m. a. W. nicht im Interesse der Gegenpartei und für dieselbe, so daß die letztere nicht die Befugniß besitzt, kraft eignen Rechts den Vollzug zu betreiben oder ausgesetzt zu lassen [9]).

Nach beiden Richtungen gehören selbstverständlich hieher Strafverfügungen, vorausgesetzt, daß sie gegen eine andere Person als gegen eine Partei (Sachverständige, Zeugen, Beistände, Bevollmächtigte, Advocaten) — oder, wenn gegen eine Partei, einschließlich des gesetzlichen Vertreters, des Parteigenossen, Beigeladenen, Haupt- und Nebenintervenienten, doch nicht zum Vortheil der Gegenpartei, sondern im öffentlichen Interesse ergangen sind. Wenn die Pr. O. alle Strafverfügungen ausdrücklich hieher zählt [10]), so versteht sie darunter doch nur Verfügungen im ebenerwähnten Sinn. Von im Urtheil mitenthaltenen Strafbeschlüssen sind hieher zu rechnen die Fälle der Artikel 99, 174 Absatz 2, Artikel 385, 389 Absatz 2 und Artikel 390 Absatz 2, Artikel 427 Absatz 2 und Artikel 432 mit Artikel 481 Absatz 2, Artikel 415 Absatz 2, Artikel 785, 813, 981 Pr. O.; hieher gehörige Strafbeschlüsse, welche in Erkenntnissen oder Verfügungen ausgesprochen sind, erwähnen die Artikel 50 und 52, 662 und 674, 749 Pr. O. Ihnen allen ist gemeinsam, daß nur der Staat bezw. Fiscus als der Vollzugs- und Bezugsberechtigte erscheint. Gleichgiltig ist unter diesen Voraussetzungen, ob die Strafe von Amtswegen, auf staatsanwaltschaftlichen oder Parteiantrag ausgesprochen wurde [11]). Im Gegensatz hiezu stehen jene Strafentscheidungen gegen eine Partei, welche zum Vortheil der Gegenpartei d. h. in der Art ergehen, daß die letztere die allein Vollzugs- und Bezugsberechtigte ist. Einschlägige Fälle enthalten die Artikel 614, 640, 863, 864 Pr. O. Es kann gegen dergleichen Entscheidungen Berufung zulässig sein; Beschwerde ist unstatthaft.

2) Von den unter den Parteien ergangenen Entscheidungen sind mit Beschwerde anfechtbar jene Verfügungen, welchen eine bezügliche Verhandlung in der Sitzung nicht vorausgegangen ist, vorausgesetzt, daß durch dieselben eine Genehmigung oder Anordnung verweigert oder von Erfüllung ungerechtfertigter Vorauflagen abhängig gemacht wird [12]). Gegen dergleichen Verfügungen läßt das Gesetz deshalb Beschwerde zu, weil außerdem eine Abhilfe oft gar nicht, oft viel zu spät erreichbar wäre, nämlich erst mit der Berufung gegen das Endurtheil, insofern das in diesem enthaltene gravamen gerade darin besteht, daß ein früheres Gesuch ohne bezügliche Verhandlung zurückgewiesen wurde [13]).

Uebrigens hängt die Zulässigkeit der Beschwerde von dem Vorhandensein der vorbezeichneten drei Voraussetzungen ab. Fehlt auch

9) Abg. Prot. III, 37—44, 105—106, 106—107.
10) Artikel 738 Ziffer 2 Pr. O.
11) Abg. Prot. IV, 176.
12) Artikel 738 Ziffer 1 Pr. O.
13) Abg. Prot. III, 105—106.

nur eine derselben, so ist Beschwerde wenigstens auf Grund der Ziffer 1 des Artikel 738 nicht statthaft.

Ob die Proceßsache, zu der fragliche Verfügung ergieng, bereits anhängig oder noch nicht anhängig ist z. B. im Falle der Artikel 656 und 674, darauf kömmt es nicht an [14]). Aber eine Verfügung muß wirklich erlassen sein. Der Fall der sg. Protractsbeschwerde [15]) gehört nicht hieher. Diese bezweckt nicht die Aufhebung oder Abänderung einer erlassenen Verfügung, sondern lediglich die Erlangung eines Mahnbefehls von Seite der vorgesetzten Disciplinarbehörde an das säumige Gericht zur Erlassung einer Verfügung, welch' letztere dann Gegenstand der Beschwerde sein kann, wenn sie die erbetene Anordnung ausdrücklich verweigert rc. Darum werden auch Entscheidungen auf Protractsbeschwerden nie rechtskräftig und letztere können immer erneuert werden. Führt freilich eine solche Beschwerde zur disciplinären Bestrafung des säumigen Richters, so ist hiegegen als gegen einen Strafbeschluß das gewöhnliche Rechtsmittel der Beschwerde zulässig, aber nicht auf Grund des Artikel 738 Ziffer 1, sondern auf Grund des Artikel 56 [16]) der Pr. O. [17]). Der Artikel 738 setzt ferner in Ziffer 1 eine Verfügung abweisenden bezw. bedingt abweisenden Inhalts voraus. Wird dem bezüglichen Gesuche stattgegeben, so hat kein Theil ein Beschwerderecht [18]). Die Vorschrift des Artikel 756 der Pr. O. steht dieser Auffassung nicht entgegen. Denn Artikel 756 setzt einen Fall an sich zulässiger Beschwerde voraus (vgl. Artikel 755); ob diese Voraussetzung zutrifft, ist nach Artikel 738 zu beurtheilen. Uebrigens ist, wenn eine Verfügung des vorbezeichneten Inhalts gegeben erscheint, deren Anfechtbarkeit mit der Beschwerde nicht davon bedingt, daß sie eine endliche Entscheidung enthält. Gegen jede Verfügung im Sinne des Artikel 738 der Pr. O. ist Beschwerde zulässig, auch wenn die Entscheidung nur proceßleitenden Inhalts ist [19]).

Ist die Verfügung nicht unter den Parteien ergangen, so kann dagegen wohl bei gegebenen Voraussetzungen Beschwerde auf Grund der Ziffern 2 und 3 des Artikel 738 oder auf Grund besonderer Vorschriften des Gesetzes (vgl. folgende Ziffer 3) statthaft sein; auf Grund des Artikel 738 Ziffer 1 ist sie nicht zulässig.

Das dritte Erforderniß, eine Entscheidung ohne vorgängige Verhandlung, ist formaler Natur. Es zielt auf die Unterscheidung zwischen Urtheilen einerseits, Erkenntnissen und Ver-

---

14) Abg. Prot. III, 105—106.
15) Artikel 56 und 57 Pr. O.
16) Auch nicht auf Grund des Artikel 738 Ziffer 2 Pr. O.
17) Abg. Ref. II, 324; Abg. Prot. III, 38. 48.
Von selbst versteht sich, daß den Gerichtsvorständen, vorgesetzten Stellen und Staatsanwälten, soweit ihnen die Ueberwachung der Rechtspflege übertragen ist, auch von parteilicher Veranlassung (Artikel 56) abgesehen die Pflicht obliegt, innerhalb des ihnen durch die bestehenden organisatorischen Bestimmungen zugewiesenen Wirkungskreises wahrgenommene Justizverzögerungen von Amtswegen abzuschneiden. Abg. Ref. II, 324.
18) Vgl. Abg. Prot. II, 387—388; IV, 120.
19) Abg. Prot. III, 39.

fügungen anderseits, insoweit eine solche durch das Verfahren bedingt wird [20]). Wo ein Urtheil und nicht zugleich einer der Fälle, welche unter Ziffer 1 oder 3 dieser Darstellung erläutert sind, gegeben ist, erscheint Beschwerde unstatthaft, mögen im Uebrigen auch die Voraussetzungen vorhanden sein, von welchen hier (Ziffer 2) die Rede ist.

Zu den Entscheidungen, welche nicht Urtheile sind, gehören vor Allem die sg. jugements sur requête, die ohne mündliche Parteiverhandlung vom [21]) Gerichte in geheimer Sitzung ergangenen Erkenntnisse [22]). Entscheidungen, die auf beschränkt-öffentliche oder einseitige (Ungehorsams-) Verhandlung [23]) erlassen werden, fallen als Urtheile in das Bereich der Judicialappellation. Das Ganteröffnungserkenntniß ist, obwohl in öffentlicher Sitzung verkündet, kein Urtheil, weil ohne Verhandlung in geheimer Sitzung erlassen.

Zu den Entscheidungen, welche nicht Urtheile sind, gehören ferner die von gerichtlichen Einzelpersonen als solchen [24]) ergangenen Erlasse und Beschlüsse (ordonnances). Vgl. z. B. Artikel 113, 201 Absatz 3, Artikel 286 Absatz 2, Artikel 638 Absatz 2. An und für sich wären alle diese Erlasse mit Beschwerde anfechtbar; denn sie ergehen meistens ohne vorgängige Verhandlung und wenn auch ausnahmsweise auf Gehör [25]) beider Theile [26]), so doch nicht in der Sitzung, als welche das Gesetz nur eine Parteiverhandlung vor ordentlich gesessenem Gerichte betrachtet. Allein durch Specialvorschriften ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegen blose Ordonnanzen ꝛc. theils ausdrücklich ausgeschlossen, theils durch andere Mittel der Abhilfe ersetzt. Vgl. Ziffer III.

3) Durch besondere Vorschrift des Gesetzes ist das Rechtsmittel der Beschwerde in bestimmten einzelnen Fällen zugelassen, ohne alle Rücksicht darauf, von wem die beschwerende Entscheidung ausgieng, in welchem Verfahren sie erfloß, welchen Gegenstand sie betrifft, und ohne Unterschied, ob dieselbe unter den Parteien ergangen ist oder nicht.

Solche Fälle finden sich insbesondere in Artikel 49 mit 52, 56, 292 und 518, 349, 562 mit 564, auch Artikel 755 und 756, dann in den Artikeln 854, 940, 950, 965, 992, 993, 1016, 1029, 1048, 1049, 1126, 1141, 1198, 1204, 1205, 1231 und 1298 der Pr. O. und in Artikel 34 des Einf. Ges. z. Pr. O.

Die Bestimmungen der Pr. O. über das für Beschwerden zuständige Gericht, die Art der Beschwerdeerhebung, das weitere Verfahren und die Entscheidung (Artikel 739—751) [27]) finden zwar entsprechende Anwendung

20) Vgl. §§. 67 und 233.
21) Scil. ordentlich besetztem.
22) Vgl. z. B. Artikel 651, 653, 654, auch Artikel 555, 562, 564 Pr. O.
23) Damit ist nicht gesagt, daß alle diese Urtheile auch appellabel sind.
24) Gerichts- und Senatsvorstände, beauftragte Richter (Collegialgerichtsmitglieder oder Einzelnrichter), ersuchte Richter.
25) U. U. selbst auf mündliches Gehör.
26) Vgl. z. B. Artikel 621 Pr. O.
27) Die Artikel 752—754 sind auf Beschwerden in der nichtstreitigen Rechtspflege unanwendbar.

auf diejenigen Beschwerden, welche im Gebiet der nichtstreitigen Rechtspflege erhoben werden [28]). Ob aber solche Beschwerden stattthaft sind, richtet sich nicht nach den so eben dargestellten Bestimmungen der Civilproceßordnung, sondern nach den hiefür maßgebenden sonstigen Vorschriften [29]). Zeichnen diese selbst für Erledigung der Beschwerde ein bestimmtes (von jenem der Pr. O. abweichendes) Verfahren positiv vor, so finden auch die bezüglichen Verfahrensvorschriften der Pr. O. keine Anwendung [30]).

Von hieher gehörigen Entscheidungen sind für die Landestheile diesseits des Rheins vom preuß. Landrecht abgesehen zu erwähnen: Verfügungen in Sachen der Obervormundschaft, welche insbesondere betreffen die Bestellung der Vormundschaft über Minderjährige, Wahnsinnige, Verschwender [31]), oder die Anordnung einer cura bonorum für Abwesende, Gebrechliche; Verfügungen über die Verbindlichkeit zur Uebernahme einer Vormundschaft oder über das Recht hiezu, soferne letzteres nicht Gegenstand eines Streites mehrerer Concurrenten ist; Verfügungen über Inventarisation und Aufbewahrung des Vermögens, über Verwaltungshandlungen, rechtliche Vertretung des Pfleglings, Consensertheilung, Rechnungsführung, Rechnungsstellung, Vermögensaushändigung u. dgl.; Verfügungen über Verschollenheit und Todeserklärung; Verfügungen in Sachen des Notariats, insoweit dieses noch ausschließend oder facultativ zu den Gerichten gehört [32]); Verfügungen des Hypothekenamts [33]); Verfügungen im Depositenwesen in Bezug auf Annahme, Verwahrung, Anlegung, Aushändigung von Depositen; Verfügungen der Verlassenschaftsbehandlung in Bezug auf Testamentsverkündigung, Versieglung, Inventarisation, Verwahrung, Benutzung, Verwerthung, Aushändigung [34]) des Nachlasses, sowie hinsichtlich der Schritte zur Ausmittlung der Erbberechtigten, der Muttergutsauszeigung, Bestätigung der Erbschaftsqualität 2c.; Verfügungen der appellationsgerichtlichen Fideicommißsenate [35]) u. s. w. In allen Fällen übrigens ist Beschwerde nicht blos gegen Definitivverfügungen, sondern auch gegen Decrete zulässig, welche das Verfahren betreffen [36]).

II. Die Beschwerde setzt eine beschwerdeberechtigte d. h. eine von der anzufechtenden Verfügung betroffene Person voraus.

---

28) Artikel 760 Pr. O.

29) Nach preuß. Landrecht z. B. sind Entmündungs-, Prodigalitäts-, Verschollenheitssachen Gegenstand streitiger Judicatur, bezügliche Entscheidungen der Berufung, nicht der Beschwerde unterworfen. In der Pfalz sind Beschwerden in Hypothekensachen auf den Klagsweg gewiesen. Für die diesrheinischen Landestheile vgl. §. 94 des Hyp. Ges., §. 14 der VII. Verf. Beilage.

30) Vgl. Abg. Ref. II, 319; Abg. Prot. III, 37—44, 48, 108.

31) Ueber Interdictionsverfahren vgl. Bl. f. R. A. VIII, 29; über das abweichende preuß. Recht ibid. VII, 359—361, jetzt das Einf. Ges. z. Pr. O.

32) Vgl. Artikel 18 des Ger. Org. Ges. von 1861 mit dem diesrh. Not. Ges. Artikel 11—14.

33) Hyp. Ges. §. 94. Auch gegen die Bewilligung einer Vormerkung oder wegen eines Protestationseintrags kann von Seite des Gegenbetheiligten Beschwerde an das Obergericht erhoben werden.

34) Wo kein Gegenprätendent vorhanden ist.

35) Ueber die Gränze zwischen Judicial- und Extrajudicialappellation vergl. Seuffert a. a. O. S. 76 u. 77.

36) Seuffert a. a. O. S. 76 Anm. 28.

In gewissen Fällen kann von dem Beschwerderecht erst Gebrauch gemacht werden, wenn eine Gegenvorstellung fruchtlos versucht war. Artikel 756 Pr. O.[37]). Hierüber vgl. §. 436.

III. Auch wenn alle unter Ziffer I und II bezeichneten Voraussetzungen gegeben sind, ist Beschwerdeführung in gewissen Fällen kraft Gesetzes ausgeschlossen, in allen Fällen aber nicht mehr statthaft, wenn die berechtigte Partei darauf verzichtet hat.

1) Durch das Gesetz ist zwar das Rechtsmittel der Beschwerde nicht an das Vorhandensein einer bestimmten Beschwerdesumme gebunden.

Aber die Beschwerde bezw. weitere Beschwerde ist in all' den Fällen unstatthaft, in welchen eine höhere Instanz dafür fehlt. Hierüber vgl. Artikel 759 und die §§. 72 und 73.

Unstatthaft ist ferner die Beschwerde, auch wenn alle deren gewöhnliche Voraussetzungen gegeben wären, in jenen Fällen, in welchen durch das Gesetz alle Rechtsmittel oder die Beschwerde insbesondere ausdrücklich ausgeschlossen sind[38]). Solche Fälle sind erwähnt in Artikel 35 Absatz 5, Artikel 49 Absatz 1 mit Artikel 52, Artikel 138, 140, Artikel 151 mit 153 und 420, Artikel 261 Absatz 3, Artikel 286, Artikel 291 Absatz 4, Artikel 292 Absatz 3, Artikel 564 Pr. O.

Unstatthaft endlich ist die Beschwerde in allen jenen Fällen, in welchen das Gesetz als das gegen die beschwerliche Verfügung zulässige Abhilfsmittel ein anderes als die Beschwerdeführung nach Hauptstück XXVIII der Pr. O. bestimmt bezeichnet. Solche Mittel der Abhilfe werden mitunter als Einspruch, selbst als Beschwerde bezeichnet; sind aber letzterenfalls zugleich deren Voraussetzungen und das dabei einzuhaltende Verfahren geordnet und dieses zwar principiell abweichend vom Hauptstück XXVIII der Pr. O., so darf immer angenommen werden, daß nicht von Beschwerde im eigentlichen Sinn die Rede ist. Es entscheidet die Sache, nicht der Name. Besonders häufig sind dergleichen eigenthümliche Abhilfsmittel gegen beschwerende Verfügungen einzelner Richterpersonen als solcher vorgesehen. Beispielsweise gehören hieher die in Artikel 430 und 432 mit 441, die in Artikel 634 (vgl. Artikel 638 Absatz 2), etwa auch die in Artikel 292 Absatz 1 der Pr. O. erwähnten Fälle. Durch die Advocatenordnung kann die Zahl derselben vermehrt werden.

2) Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß das Beschwerderecht verloren geht, wenn die Partei darauf ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen verzichtet. Der Artikel 695 der Pr. O. ist hieher analog anzuwenden.

Ein Verzicht liegt auch in der Versäumung des Beschwerdefatale. Wo die Beschwerde an eine Frist gebunden, ist diese eine Nothfrist und als solche unerstreckbar[39]). Uebrigens besteht eine Beschwerdefrist nur, wenn das Gesetz eine solche für einzelne Fälle

---

37) Abg. Prot. III, 48.
38) Artikel 738 init. Vgl. auch Artikel 760 Pr. O.
39) Artikel 212 Absatz 1 Pr. O.

besonders vorgesehen hat [40]). Hieher gehören z. B. die in Artikel 49, 52, 56, 854, 940, 965, 992, 1016, 1048, 1049, 1126, 1204, 1205, 1288 der Pr. O. erwähnten Fälle. Die Frist gilt auch hier nur für die Erhebung der Beschwerde (Einreichung oder Erklärung zu Protokoll), nicht auch für die Zustellung an den etwa betheiligten Dritten (Artikel 744).

## §. 434 [1]).

I. Erhebung der Beschwerde.

Die Beschwerde ist bei dem Gerichte, welches sie veranlaßt hat, (judex a quo) oder bei dem Beschwerdegericht, falls sie aber gegen die Verfügung eines committirten Gerichtsmitglieds gerichtet ist, immer bei dem Beschwerdegericht einzureichen oder dessen Gerichtsschreiber zum Protokolle zu erklären. Welches das Beschwerdegericht sei, ist in §. 72 gesagt. Vgl. auch §. 67 und Artikel 739 Pr. O.

Hiemit ist die Vorlage der beschwerenden Verfügung und der zur Rechtfertigung der Beschwerde dienenden urkundlichen Belege zu verbinden [2]).

Bezüglich der Form und des Inhalts der Beschwerde ist im Uebrigen auf Artikel 644 zu verweisen. Vgl. auch §. 418.

Die Erhebung der Beschwerde kann in der Regel durch die Partei selbst oder ihren Bevollmächtigten geschehen. Der Letztere hat aber Vollmachtsnachweis nöthig, auch wenn er ein Advocat ist. Ist die Beschwerde in einer gewöhnlichen Proceßsache miterwachsen, so genügt die für diese Sache ausgestellte Proceßvollmacht. Ausnahmsweise kann in dem Fall, wenn die beschwerende Verfügung auf eine von einem Advocaten zu fertigende [3]) Vorstellung ergieng, auch die Beschwerde nur durch Einreichung eines Anwaltsacts erhoben werden d. h. durch eine Schrift, welche von einem bei dem betreffenden Ober- oder Untergericht (judex a quo) zur Anwaltspraxis berechtigten Advocaten gefertigt ist. Dieser Anwalt hat Vollmachtsnachweis nicht nöthig [4]).

Anlangend die Wirkungen der Beschwerdeeinlegung, so gelten folgende Vorschriften.

1) Der Beschwerde kömmt die Wirkung einstweiliger Nichtvollziehbarkeit

---

40) Artikel 740 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 741—747 Pr. O.:
Abg. Ref. II. 320—322; III, 70, 71.
Abg. Prot. III, 45—46, 47, 48, 104, 107, 135, 136; IV, 176, 187, 188, 342, 371.
R. Ref. II, 229—231, 232, 233.
R. Prot III, 25; IV, 74—75.
Quellen zu Artikel 752—757 Pr. O.:
Abg. Ref. II. 321, 322, 324; III, 71, 72.
Abg. Prot. III, 45, 46, 48, 105, 108, 136; IV, 177, 188, 189.
R. Ref. II, 234—235, 236.
R. Prot. III, 26; IV, 74—75.

2) Artikel 741 Absatz 1 Pr. O.

3) Nach gesetzlichem Gebot. Vgl. Artikel 644 Pr. O. und §. 418.

4) Artikel 741 Absatz 2 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 176; Abg. Ref. III, 70.

der angefochtenen Verfügung (Suspensiveffect) nur zu, wenn sie gegen Strafbeschlüsse oder gegen Zurückweisung der Ablehnung eines Richters [5]) gerichtet ist, oder wenn ihr das Gesetz sonst aufschiebende Wirkung besonders beilegt [6]) z. B. in den Fällen der Artikel 940, 950, 965, 992, 1028 Pr. O.

2) Der Fortgang eines Rechtsstreits [7]) darf durch das Verfahren auf erhobene Beschwerde nur aufgehalten werden, wenn und solange dies nach Beschaffenheit der beschwerenden Verfügung unvermeidlich ist oder das Obergericht zur Erledigung der Beschwerde in dringenden Fällen der Streitacten bedarf. In solchen Fällen kann das Obergericht den Fortgang des Rechtsstreits zeitweise [8]) einstellen, soferne nicht eine sonstige Vorkehrung ausreicht [9]) z. B. die Einreichung von Abschriften statt der Originalacten [10]).

3) Gelangt eine Civilproceßsache durch Berufung an das Obergericht, an welches auch Beschwerde gegen Verfügungen in dieser selben Sache von einer der bei der Appellation betheiligten Parteien bereits erhoben, aber noch nicht verbeschieden ist: so muß [11]) das Berufungsgericht die Beschwerde zugleich mit der Appellation erledigen, wenn der Beschwerdeführer oder sein bei der Beschwerdeerledigung betheiligter Gegner dieses, sei es auch erst bei der Verhandlung [12]), beantragt und die Entscheidung der Hauptsache dadurch keinen Aufschub erleidet [13]).

Ist aber auch im ebengedachten Falle zur Zeit der Zustellung des Appellacts die Beschwerde noch nicht erhoben, so kann dieselbe mit jedem in der Berufungsinstanz vorkommenden motivirten Antrage verbunden oder auch durch einen besonders zugestellten oder in der Sitzung hinterlegten Antrag angebracht werden. Findet in solchem Falle die Beschwerdeerhebung erst bei der Verhandlung statt und ist der außer dem Beschwerdeführer Betheiligte bei dieser nicht erschienen, so ist die Verhandlung zu vertagen und nachträgliche Zustellung eines motivirten Antrags anzuordnen. Indessen kann von dieser Bestimmung doch nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn für die Beschwerdeführung ein Fatale nicht gegeben oder das gegebene noch im Lauf ist, weil an Nothfristen gebundene Beschwerden mit Ablauf der Frist ausgeschlossen wären, — und wenn entweder außer dem Beschwerdeführer keine weitere Person betheiligt oder der weiter Betheiligte in der Berufungsinstanz ebenfalls vertreten ist [14]). Sind aber alle diese Voraussetzungen gegeben,

---

5) Nicht auch des Gerichtsschreibers.
6) Artikel 742 Pr. O.
7) Mittelbare Wirkung d. h. auf bestimmte, nicht auf unbestimmte Zeit.
8) Artikel 752 Pr. O.
10) Abg. Prot. IV, 177.
11) Wird Antrag darauf gestellt, so hat, wenn auch keine Verzögerung der Hauptsache zu besorgen steht, das Gericht nicht die Befugniß, die Miterledigung der Beschwerde abzulehnen. Abg. Prot. III, 108.
12) In Ermanglung eines Parteiantrags unterbleibt die Miterledigung der Beschwerde.
13) Artikel 753 Pr. O.
14) Artikel 754 Pr. O.

so muß der Berufungsrichter die Beschwerde zugleich mit der Appellation erledigen [15]).

II. Weiteres Verfahren.

Das weitere Verfahren in Beschwerdesachen richtet sich, von den unter Ziffer I, 3 erwähnten Fällen abgesehen [16]), im Allgemeinen, d. h. soweit abweichende Vorschriften im Gesetze nicht getroffen sind, nach den Bestimmungen des XXV. Hauptstücks über das Verfahren auf einfache Vorstellung [17]).

Die Modificationen, von welchen hier die Rede ist, beziehen sich auf das Gehör der Gegenpartei, die Acteneinsendung an das Beschwerdegericht und die Betheiligung des Staatsanwalts.

1) Ist bei Erledigung der Beschwerde eine andere Person im entgegengesetzten Interesse [18]) betheiligt, so hat ihr der Beschwerdeführer die eingereichte Beschwerdeschrift oder das aufgenommene Protokoll unter Angabe des Gerichts, bei dem die Beschwerde angebracht wurde [19]), mit der Aufforderung zustellen zu lassen, daselbst von den übergebenen Belegen Einsicht zu nehmen und ihre etwaigen Erinnerungen binnen fünfzehntägiger, allenfalls nach Artikel 209 erweiterter Frist einzureichen oder zu Protokoll zu geben [20]). Zum Behufe der Zustellung hat der Gerichtsschreiber dem Beschwerdeführer auf Verlangen die eingereichte Beschwerdeschrift oder das aufgenommene Protokoll in Urschrift auszuhändigen [21]).

Die Zustellungsurkunde ist nachträglich zu hinterlegen [22]), um dem Beschwerdegericht die Prüfung darüber zu ermöglichen, ob die vorgeschriebenen Formalitäten ꝛc. eingehalten sind [23]). Bei der Hinterlegung der Zustellungsurkunde ist das dem Beschwerdeführer etwa früher behändigte Original der Beschwerdeschrift oder des Beschwerdeprotokolls zurückzugeben [24]).

Die Beschwerdeschrift darf auch vor der Einreichuug zugestellt werden [25]). In diesem Falle ist das Gericht, bei welchem [26]),

---

15) Abg. Prot. III, 108.
16) Auch sonst kommen hin und wieder kleine Modificationen vor.
17) Artikel 743 Pr. O.
18) Nicht blos im Allgemeinen. Es kann bei Verfügungen in der nichtstreitigen Rechtspflege, im Vollstreckungsverfahren leicht vorkommen, daß eine andere Person im entgegengesetzten Interesse betheiligt ist; auch im Civilproceß sind solche Verfügungen nicht ausgeschlossen z. B. Beschlüsse, die Verweigerung des Zeugnisses betreffend. Uebrigens kann ein entgegengesetztes Interesse eines Dritten auch gegeben sein, wenn kein förmliches Parteiverhältniß besteht z. B. gerade in dem Fall, wenn die Beschwerde von einem bestraften Zeugen erhoben wird. Abg. Prot. III, 107.
19) Dies ist nothwendig, weil die Beschwerde nach Wahl beim Obergericht oder bei dem judex a quo eingereicht werden kann. Der Requisit aber muß wissen, wohin er sich zu wenden hat. Abg. Prot. III, 46.
20) Artikel 744 Absatz 1 Pr. O.
21) Artikel 744 Absatz 2 Pr. O.
22) Artikel 744 Absatz 1 i. f. Pr. O.
23) Abg. Prot. III, 107.
24) Artikel 744 Absatz 2 i. f. Pr. O.
25) Artikel 744 Absatz 3 Pr. O.
26) Iudex a quo oder Beschwerdegericht.

und der Tag, bis zu welchem die Einreichung erfolgen werde, in der Zustellungsurkunde anzugeben. Läuft für die Beschwerdeeinlegung nicht ausnahmsweise eine bestimmte Frist, so kann der Beschwerdeführer den Tag der Einreichung beliebig bestimmen. Läuft aber eine solche Frist, so muß, wie die Einreichung innerhalb derselben zu geschehen hat, auch in der Zustellungsurkunde der Einreichungstag innerhalb der Frist bestimmt werden. Freilich wird es unter solchen Umständen gerathen sein, die Beschwerdeeinreichung überhaupt der Zustellung vorausgehen zu lassen [27]). Andernfalls läuft dem Gegner die Frist zur Erinnerungsabgabe erst von dem Tage, der ihm in der Zustellungsurkunde als der künftige Einreichungstag angegeben ist; denn er kann sich für seine Erinnerungen eben erst informiren, wenn die Belege der Beschwerde von ihm eingesehen sind, die Einsicht erst pflegen, wenn deren Hinterlegung erfolgt ist (vgl. Art. 741 Absatz 1 i. f.).

2) Ist die von einem Obergericht zu entscheidende Beschwerde bei dem Untergerichte angebracht worden, so hat dieses, falls es nicht selbst [28]) Abhilfe trifft [29]), innerhalb acht Tagen die Beschwerde nebst Belegen und den erforderlichen Acten an das Obergericht einzusenden. Ist bei der Beschwerde eine andere zur Erinnerungsabgabe berechtigte Person betheiligt [30]), so hat die Einsendung innerhalb acht Tagen nach dieser Erinnerungsabgabe bezw. nach Ablauf der dafür gesetzten Frist zu geschehen und sind diese etwa abgegebenen Erinnerungen mit in Vorlage zu bringen [31]).

Ist die Beschwerde unmittelbar bei dem Obergerichte angebracht worden, so wird sie, wenn nicht ohne Actenvorlage über den Grund der Beschwerde mit Sicherheit entschieden werden kann, durch den Gerichtsvorstand dem Untergericht zur Actenvorlage und etwanigen Berichterstattung mitgetheilt, Ist bei der Beschwerde eine andere Person im entgegengesetzten Interesse betheiligt [32]), so geschieht die Acteneinforderung erst nach deren Erinnerungsabgabe bezw. nach Ablauf der hiefür gesetzten Frist [33]). Das Untergericht ist in jedem Falle befugt, statt der Actenvorlage die Beschwerde nach Artikel 296 zu heben und hierüber Anzeige zu erstatten.

Ist die Beschwerde gegen die Verfügung eines Gerichtsmitglieds gerichtet und deshalb vom Collegium zu verbescheiden, so kann von Actenvorlage keine Rede sein.

Besteht bei Einforderung der Acten oder sonst Gefahr im Ver-

27) Abg. Prot. III, 107.
28) Nach Artikel 296 Pr. O.
29) Die Beschwerde zum Obergericht kömmt zugleich thatsächlich als Gegenvorstellung beim judex a quo in Betracht.
30) Artikel 744 Pr. O.
31) Artikel 745 Pr. O.
32) Artikel 744 Pr. O.
33) Artikel 746 Absatz 1 Pr. O.

zuge, so kann der Vorstand des Obergerichts [34]) zugleich vorläufige Verfügung erlassen d. h. vorsorgliche Anordnungen treffen, die selbst in einer provisorischen Erledigung der Beschwerde im Ganzen oder zum Theile bestehen können [35]). Dieses Recht steht zweifellos im Falle des Artikel 748 auch dem Gerichte zu.

3) Ueber die Betheiligung des Staatsanwalts vgl. zu Artikel 747 der Pr. O. in den §§. 32, 418 und 419 Bemerkte [36]).

## §. 435 [1]).

Auch die Entscheidung in Beschwerdesachen richtet sich im Allgemeinen nach den Bestimmungen des XXV. Hauptstücks der Pr. O. [2]).

Hiezu kommen jedoch folgende Modificationen.

I. Sind, um Entscheidung zu erlassen, Ergänzungen nothwendig, so hat sie das Beschwerdegericht je nach Beschaffenheit des Falles durch Auflage an den Beschwerdeführer oder Auftrag an das Untergericht anzuordnen [3]). Daneben bleibt Artikel 648 der Pr. O. selbständig anwendbar. Als eine solche Ergänzung ist die Auflage an den Beschwerdeführer zu betrachten, die entgegen Artikel 744 unterlassene Zustellung an den dritten Betheiligten nachträglich zu bethätigen [4]).

Die Entscheidung im Kostenpunct erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften. Ergibt sich, daß einem Richterbeamten grobes Verschulden (culpa lata) zur Last fällt, so kann derselbe, nachdem er vorgängig persönlich gehört wurde, in die auf die Beschwerdeführung erlaufenen Kosten ganz oder theilweise verfällt werden [5]).

Wird die Beschwerde verworfen, so ist der Beschwerdeführer [6]), wenn ihm Streitmuthwille zur Last fällt, in eine Geldstrafe bis zu fünf und zwanzig Gulden zu verurtheilen [7]).

II. Die Entscheidungen in Beschwerdesachen bleiben auf der Gerichts-

---

34) In Consequenz der bezüglichen Bestimmungen über Vorsichtsverfügungen. Abg. Prot. III, 47.

35) Artikel 746 Absatz 2 Pr. O.

36) Vgl. auch Abg. Ref. II, 322; Abg. Prot. III, 45—47 und 107

1) Quellen zu Artikel 748—751 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 323 - 324; III, 71.
Abg. Prot. III, 45, 46, 47, 104, 107, 136; IV, 176—177, 188.
R. Ref. II, 233, 234.
R. Prot. III, 25—26; IV, 74—75.
Quellen zu Artikel 759 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 324.
Abg. Prot. III, 45—48, 105, 108, 136.
R. Prot. III, 26.

2) Artikel 743 Pr. O.

3) Artikel 748 Pr. O. Er enthält eine Erweiterung des Artikel 650.

4) Abg. Prot. III, 46.

5) Artikel 750 Pr. O.

6) Auch der zum Armenrecht zugelassene. Sammlung v. Entsch. d. obersten G.H. in Gegenständen des Civ. R. u. Civ. Pr. I, 27.

7) Artikel 749 Pr. O.

schreiberei des Beschwerdegerichts hinterlegt [8]). Ist dieses das Obergericht, so läßt es durch seine Gerichtsschreiberei eine Ausfertigung an den Gerichtsschreiber des Untergerichts übersenden.

Der Gerichtsschreiber des letzteren und, wenn die Beschwerde zum Collegialgericht gegen die Verfügung eines seiner Mitglieder erhoben worden war, der Gerichtsschreiber dieses Gerichts hat dem Beschwerdeführer und dem allenfalls betheiligten Dritten [9]) gegen Empfangsbescheinigung Kenntniß darüber zu geben, daß die Beschwerde verbeschieden sei. Auf Verlangen ist den Genannten auch Abschrift der Entscheidung mitzutheilen [10]).

III. Anlangend die gegen Beschwerdeentscheidungen zulässigen Rechtsmittel, so ist das Nöthige hierüber zu Artikel 759 und 797 der Pr. O. in den §§. 72, 73 und 76 bemerkt.

## II. Capitel.

## Gegenvorstellung [1]).

### §. 436.

Die sg. Gegenvorstellung ist ein ordentliches, aber nicht devolutives Rechtsmittel. Es unterscheidet sich gegenständlich nicht von der Beschwerde [2]), entspricht im Allgemeinen der deutschrechtlichen Remonstration und beruht auf demselben Gedanken, welcher der Judicialgegenvorstellung nach Artikel 296 der Pr. O. zu Grunde liegt. Extrajudicialgegenvorstellung.

Zweck der Gegenvorstellung ist, die Angehung des höheren Richters zu ersparen.

I. Verfügungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet, können in der Regel nach Wahl des Beschwerdeführers sogleich mit Beschwerde oder zuvor mittels Gegenvorstellung bei dem Gerichte bezw. den Gerichtsvorstande oder beauftragten Richter, von welchem sie erlassen worden sind, angefochten werden [3]).

Ausnahmsweise ist das Rechtsmittel der Beschwerde erst dann zulässig, wenn der Beschwerdeführer zuvor Gegenvorstellung erhoben hat, aber damit zurückgewiesen worden ist. Hieher gehören folgende Fälle:

1) wenn derjenige, welcher sich durch eine richterliche Verfügung verletzt erachtet, bisher nicht gehört war,
2) wenn der Beschwerdeführer neue Thatsachen vorbringen will,

---

8) Abweichend von Artikel 651. Vgl. Abg. Prot. III, 47.
9) Artikel 744 Pr. O.
10) Artikel 751 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 755—759 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 321, 322, 324; III, 72.
Abg. Prot. III, 45, 46, 48, 105, 108, 136; IV, 177, 189.
R. Ref. II, 236.
R. Prot. III, 26; IV, 74—75.
2) Vgl. §. 67 Ziffer I, 2.
3) Artikel 755 Pr. O.

3) wenn es sich um die Beschwerde desjenigen handelt, welcher sich durch die in Folge einer Gegenvorstellung oder Beschwerde stattgefundene Abänderung einer Verfügung verletzt erachtet, aber bisher nicht in die Lage gesetzt war, Erinnerungen vorzubringen [4]).

In allen Fällen, in welchen die Beschwerde gegen eine Verfügung an eine Frist gebunden ist, ist das Rechtsmittel der Gegenvorstellung überhaupt ausgeschlossen [5]).

Die eben erläuterten Bestimmungen gelten auch für die nichtstreitige Rechtspflege, soweit Beschwerde gegen richterliche Verfügungen nach der betreffenden Gesetzgebung statthaft ist und diese etwas Anderes nicht mit sich bringt [6]).

II. Anlangend das Verfahren und die Entscheidung, so sind Gegenvorstellungen in analoger Weise wie Beschwerden anzubringen und zu behandeln. Insbesondere findet auch bei ihnen entsprechende Anwendung, was in §. 434 unter Ziffer II, 1 zur Erläuterung des Artikel 744 der Pr. O. bemerkt wurde [7]).

---

4) Artikel 756 Pr. O. Abg. Prot. III, 108.
5) Artikel 757 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. III, 108.
6) Artikel 760 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. III, 108 und §. 433 Ziffer I i. f.
7) Artikel 758 Pr. O.

## II. Abschnitt.

# Außerordentliche Rechtsmittel.

# I. Hauptstück.

# Nichtigkeitsbeschwerde.

## I. Capitel.

## Voraussetzungen der Nichtigkeitsbeschwerde.

### §. 437 [1]).

Die Erfordernisse der Proceß- d. i. der Partei- und richterlichen Handlungen sind zum Theil so wesentlich, daß, wenn es im concreten Falle am einen oder anderen fehlt, die vorgenommene Handlung rechtlich als nicht vorgenommen, als nichtig gilt.

Im Allgemeinen ist eine Proceßhandlung mangelhaft, wenn die nothwendigen Voraussetzungen ihrer Vornahme fehlten oder letztere in gesetzwidriger Art erfolgte.

Die nothwendigen Voraussetzungen sind entweder sachlicher oder persönlicher Natur.

So setzt die wirksame Einleitung der Execution voraus, daß das Urtheil nicht bereits mit einer statthaften, in giltiger Weise eingelegten Beruf-

---

1) Quellen zu Artikel 218 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 89—90.
Abg. Prot. I, 276, 296, 323.
R. Ref. LXXIV.
R. Prot. I, 348.
Quellen zu Artikel 219 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 89—90.
Abg. Prot. I, 276—277, 296, 300, 323.
R. Ref. LXXIV.
R. Prot. I, 348.
Quellen zu Artikel 220 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 89—90; III, 32.
Abg. Prot. I, 276, 296, 300, 323; IV, 41, 67.
R. Ref. II, 101.
R. Prot. I, 348; IV, 31.

ung angegriffen ist. Die Erhebung einer Klage erfordert eine proceßfähige Partei als Kläger, die Handlung des Gewalthabers, Anwalts, Gerichtsvollziehers Auftrag, unter Umständen Vollmacht für diesen, die Entscheidung setzt einen zuständigen Richter voraus u. s. w.

Die giltige Vornahme einer Handlung hängt davon ab, daß ihr kein wesentliches äußeres Erforderniß (Form) fehle und daß ihr der dem Gesetz entsprechende Inhalt gegeben sei. Eine Zeugendenomination ist inhaltlich mangelhaft, wenn der benannte Zeuge nicht hinreichend genau bezeichnet wurde, sie ist äußerlich fehlerhaft, wenn dem Zustellungsact ein essentielles Requisit mangelt. Die richterliche Entscheidung ist formell mangelhaft, wenn wesentliche Erfordernisse der Urtheilsfällung abgehen, inhaltlich verfehlt, wenn sie eine unrichtige Subsumtion enthält.

Wie schon angedeutet und die Natur der Sache ergibt, ist nicht jeder Mangel von wesentlichem Einfluß. Im Interesse der Oekonomie des Verfahrens bezeichnet und begränzt daher das Gesetz jene Mängel, an welche sich die Folge der Nichtigkeit knüpfen soll, und gibt für die Geltendmachung der letzteren bestimmte Mittel an die Hand.

Es wird dabei unterschieden zwischen den Mängeln der richterlichen Entscheidung auf der einen und den Mängeln der übrigen Proceßhandlungen auf der anderen Seite.

Die Geltendmachung jener hat mittels der sog. Rechtsmittel stattzufinden, von welchen die Nichtigkeitsbeschwerde das letztzulässige ist, — die Geltendmachung dieser im Laufe des Verfahrens [2]).

Die Proceßordnung verbindet am je treffenden Ort mit den Vorschriften über die Art, wie eine Nichtigkeit geltend zu machen, die Bestimmungen darüber, welche Mängel die Nichtigkeit begründen.

Von der Geltendmachung der Nichtigkeit von Entscheidungen durch andere Rechtsmittel ist bereits, von der Cassationsbeschwerde wird in den folgenden §§. 438 u. ff. gehandelt.

Hier erübrigt, von der Nichtigkeit sonstiger Proceßhandlungen d. i. der Geltendmachung der Nichtigkeit im Laufe des Verfahrens zu sprechen.

I. Die Proceßordnung unterscheidet zwischen Handlungen, welche das Gesetz an sich verbietet, und solchen, für welche die Einhaltung bestimmter Erfordernisse geboten ist.

1) Proceßhandlungen, welche einem ausdrücklichen gesetzlichen Verbote zuwiderlaufen, sind nichtig, gleichviel ob mit dem Verbot die Androhung der Nichtigkeit verbunden ist oder nicht.

Hat aber das Gesetz, ohne die Nichtigkeit anzudrohen, einen anderen Nachtheil oder eine eigentliche Strafe auf die Uebertretung gesetzt, so ist die Handlung giltig, wenn auch daneben der andere Nachtheil oder die Strafe verwirkt [3]).

2) Nichtig sind Handlungen, welchen die Erfordernisse fehlen, die entweder das Gesetz unter Androhung der Nichtigkeit vorschreibt z. B. in den Artikeln 1076, 1136,

---

2) In gewissen Ausnahmsfällen gewährt das Gesetz als Abhilfsmittel auch eine selbständige Klage, die sg. Nichtigkeitsklage. Vgl. z. B. Artikel 95 bis 99, 103, 951, 965, 1035, 1077, 1117.

3) Artikel 218 Absatz 1 Pr. O.

oder die nach der Natur und dem Zwecke der Handlung zum Wesen derselben gehören [4]), namentlich Handlungen, deren Mangelhaftigkeit die Rechtsvertheidigung des Gegners gefährdet oder ihm eine gesetzliche Befugniß entzieht [4]). Daß zum Wesen eines Gerichtsvollzieheractes die Vornahme innerhalb des betreffenden bezirksgerichtlichen Sprengels gehört, darf z. B. nicht bezweifelt werden. Denn außerhalb fehlt dem Gerichtsvollzieher die Jurisdiction so gut, wie dem Richter, der ohne Prorogation eine Sache entscheidet, die territorial zu ihm nicht gehört.

Im Uebrigen steht es im richterlichen Ermessen zu bestimmen, was zur Natur und zum Wesen eines Actes erforderlich ist.

Die der nothwendigen Erfordernisse entbehrende Handlung ist nur soweit nichtig, als der Mangel reicht. Es kann sonach eine Proceßhandlung auch theilweise nichtig, theilweise giltig sein [5]).

Mit der nichtigen Handlung unterliegt Alles, was im Zusammenhange [6]) mit ihr darauf gefolgt ist d. h. von ihr abhängt, ebenfalls der Nichtigkeit. Was zwar im selben Verfahren auf sie gefolgt ist, aber außer allem Causalnexus mit derselben steht, bleibt bei Kraft [7]).

II. Die Attendirung von Nichtigkeiten ist in gewissen Fällen eine Amtspflicht des Richters, in anderen nur ein Recht der Parteien, das durch Nichtgebrauch verloren wird.

1) Von Amtswegen sind Nichtigkeiten zu beachten, wenn dies vom Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben [8]) oder wenn es sich um Nichtigkeiten handelt, auf welche die Parteien wegen des concurrirenden öffentlichen Interesse nicht verzichten können [9]).

Daß jede Partei den Richter auf eine von Amtswegen zu beachtende Nichtigkeit aufmerksam machen könne und zwar so lange, als des Richters Pflicht der Berücksichtigung von Amtswegen besteht, ist selbstverständlich [10]); doch hat ein solcher Hinweis nicht den eigentlichen Charakter einer Handlung parteilicher Disposition.

Die Befugniß bezw. Pflicht des Richters, gewisse Nichtigkeiten kraft seines Amtes zu beachten, ist solange zu üben, als die Sache bei Gericht anhängig ist. Definitiv fällt sie also erst hinweg, beziehungsweise wird auch die von Amtswegen zu beachtende Nichtigkeit geheilt, wenn ein Mittel, die Sache wieder anhängig zu machen, insbesondere Nichtigkeitsbeschwerde und Wiederaufnahmsklage, nicht mehr besteht, beziehungsweise nicht mehr zulässig ist [11]).

2) Anlangend das parteiliche Recht, Nichtigkeiten geltend zu machen, so

---

4) Abg. Prot. I, 296.
5) Abg. Prot. I, 296.
6) Artikel 218 Absatz 3 Pr. O.
7) Abg. Prot. I, 296.
8) Vgl. z. B. Artikel 62, 83. 100, 265; daß zugleich die Nichtigkeit der Handlung vom Gesetze ausdrücklich angedroht sei (Ziffer I, 2 erste Alternative), wird nicht vorausgesetzt.
9) Artikel 264 Pr. O.
10) Artikel 219 Absatz 1 und 2 Pr. O.
11) Vgl. Artikel 788 Ziffer 6, Artikel 761 Ziffer 8.

besteht dies gegenüber *eigenen Handlungen* der Partei und solcher Personen, deren Acte sie für sich gelten lassen muß z. B. ihrer beauftragten beziehungsweise bevollmächtigten Gewalthaber *nicht*[12].

Die Nichtigkeit *anderer Handlungen* kann von jeder Partei geltend gemacht werden, jedoch soferne nicht dieses Recht kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung für jede Lage der Sache gestattet ist, bei Meidung anzunehmenden Verzichtes nur bei der nächsten eigenen Proceßhandlung oder, wenn keine solche dazwischen liegt, bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung[13]. Je nach dem Proceßstadium, in welchem die nichtige Handlung vorkömmt (Vorverfahren, Beweisverfahren 2c.), kann die nächste eigene Handlung oder gerichtliche Verhandlung der verschiedensten Art sein. Die mit der nächsten eigenen Handlung z. B. der Mittheilung eines motivirten Antrags, der Theilnahme an einem Zeugenverhör verbundene Attendirung der Nichtigkeit hat übrigens nur die Bedeutung eines einstweiligen Vorbehaltes der Geltendmachung bei der betreffenden Verhandlung. Würde diese s. Zt. unterbleiben, so fällt jene als bedeutungslos hinweg.

Als nächste eigene die spätere Geltendmachung der Nichtigkeit ausschließende Handlung kömmt nicht jede nächstfolgende processuale Thätigkeit der Partei in Betracht. Dahin gehören Handlungen, welche ihrer Natur nach dazu bestimmt sind, nicht in die Sache einzugreifen, vielmehr dieses Eingreifen erst zu ermöglichen, wie die Signification der Anwaltsbestellung, die Ladung des Gegners zur Sitzung, die Anzeige an denselben über die erfolgte Beiladung eines Dritten, ein Antrag im Sinne des Artikel 303, ein bloses Vertagungs- oder Actenmittheilungsbegehren. Nur solche Handlungen schließen die spätere Geltendmachung der Nichtigkeit aus, welche entweder durch ihre Vornahme die Billigung des nichtigen Actes voraussetzen[14] oder doch in die Sache selbst eingreifen[15]. Nicht minder versteht sich von selbst, daß man auf das Recht, die Nichtigkeit wider den Gegner später geltend zu machen, nur durch eine diesem gegenüber, nicht aber gegenüber einem Dritten vorgenommene Handlung verzichtet; ebensowenig besteht ein solcher Verzicht, wenn der Handelnde zur Zeit von der obwaltenden Nichtigkeit kein Wissen hatte.

Durch positive Vorschrift des Gesetzes ist endlich für gewisse Handlungen bestimmt, daß deren Vornahme die spätere Geltendmachung der Nichtigkeit nicht ausschließt. Dahin gehören die vorläufige Ablehnung des Gerichtsstands oder einer Gerichtsperson und das Vorbringen einer der in Artikel 185 der Pr. O. erwähnten Einreden[16]. Die Nichtigkeit muß aber spätestens bei derjenigen Hand-

---

12) Artikel 219 Absatz 1 Pr. O.
13) Artikel 219 Absatz 2.
14) z. B. Theilnahme am Verhör von Zeugen, welche der Partei gar nicht denominirt wurden.
15) z. B. Beantwortung eines gegnerischen Schriftsatzes.
16) Artikel 219 Absatz 2 i. f.

lung geltend gemacht werden, welche den obengenannten zunächst nachfolgt.

III. Wird die Nichtigkeit einer Proceßhandlung geltend gemacht, so ist darüber vor Allem anderen, aber nicht nothwendig separat zu entscheiden.

Handelt es sich um eine Zustellung und findet der Richter, daß aus deren Nichtigkeit kein Nachtheil entstanden ist oder daß ohne Nachtheil für die Gegenpartei eine Berichtigung oder Ergänzung der fehlerhaften Zustellung oder die Wiederholung derselben stattfinden kann, so hat er statt der Nichtigkeitserklärung auf Kosten der fehlenden Partei oder des schuldigen Gerichtsvollziehers das Eine oder Andere zu verfügen oder die sonst zur Abhilfe geeigneten Anordnungen zu treffen [17]).

War die Zustellung nöthig, um demjenigen, welcher sie machen ließ, ein sachliches Recht zu wahren, so hat sein Gegner aus der mangelhaften Vornahme dasselbe Recht erworben, als wenn solche gar nicht stattgefunden hätte. Auf diesen Fall ist also die obige Vorschrift nicht anwendbar.

War die Zustellung nur nöthig, um den Gegner zum Handeln, zum Erscheinen zu veranlassen, dieser hat aber überhaupt nicht gehandelt, ist nicht erschienen, so ist ebensowenig ein Fall des Artikel 220 gegeben; denn dieser setzt voraus, daß mindestens in Bezug auf den Nichtigkeitspunct vom Gegner gehandelt wurde. Im Nichthandeln liegt selbstverständlich auch keine Billigung des Zustellungsmangels.

Handelt derjenige, welcher die Nichtigkeit geltend machte, eventuell zugleich in der Sache und geht aus allen Umständen hervor, daß sein sachliches Vorbringen durch jenen Zustellungsmangel in keiner Weise beeinträchtigt ist, so erscheint dieser belanglos und ist unter Verwerfung der Nichtigkeitseinrede nicht weiter zu beachten [18]).

War aber der erschienene oder handelnde Gegner durch den Mangel der Zustellung in der Geltendmachung seiner Rechte beeinträchtigt, so ist der Fall des Artikels 220 gegeben. Je nach Umständen ist die Wiederholung oder Ergänzung der Zustellung oder Mittheilung anzuordnen, bei Verkürzung gesetzlicher Fristen zu vertagen u. s. w.

## §. 438 [1]).

I. Den Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde bilden sowohl Urtheile als Erkenntnisse. Vgl. §§. 75 und 76.

---

17) Artikel 220 Pr. O.

18) Abg. Prot. I, 276 bis 277.

1) Quellen zu Artikel 788 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 338—340, 341; III, 76.
Abg. Prot. III, 62—64, 121, 124—125, 127—128, 139; IV, 180—181, 192.
R. Ref. I, 121, 147—150; II, 246—247.
R. Prot. III, 41—45; IV, 77.

Quellen zu Artikel 790 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 340—341.
Abg. Prot. III, 64, 121—122, 125, 139; IV, 181, 192.
R. Ref. II, 247—248.
R. Prot. III, 46; IV, 77.

Quellen zu Artikel 791 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 340—341.

Was zunächst **Urtheile** betrifft, so können mit der Cassationsbeschwerde angefochten werden:

1) Die Urtheile der **bürgerlichen Instanzgerichte**.

**Ausgeschlossen** ist die Beschwerde gegen die Urtheile aller nichtbürgerlichen d. i. der katholischen Ehe- und der Schiedsgerichte [2]), — desgleichen gegen die Urtheile des Cassationshofs als solchen, da der oberste Gerichtshof in dieser Eigenschaft keine Instanz bildet. Argum. voce:

„durch das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde können die im letzten **ordentlichen** Rechtszug ergangenen Entscheidungen rc. angefochen werden“ [3]).

Nur uneigentlich spricht man von einer Cassationsinstanz. Uebrigens sind nicht blos Cassationsurtheile, sondern auch jene, welche der oberste Gerichtshof in einer Plenarsitzung im Sinne des Artikel 820 Absatz 3 über die Hauptsache erläßt, der (weiteren) Nichtigkeitsbeschwerde entzogen. Ebenso möchte zu bezweifeln sein, ob gegen sonstige Urtheile, die der oberste Gerichtshof als ordentliche Instanz erlassen hat [4]), Nichtigkeitsbeschwerde zulässig sei.

Dagegen ist im Uebrigen die Nichtigkeitsbeschwerde unter gegebenen Voraussetzungen statthaft gegen die Urtheile **aller** bürgerlichen Instanzgerichte, also nicht blos gegen jene der Appellations-, Handels- und Eheappellationsgerichte, sondern auch der Bezirks-, Handels- und Einzelngerichte. Es entspricht dies der Bestimmung des Cassationshofs, Wächter des Gesetzes und Organ der Rechtseinheit zu sein [5]).

2) Die Nichtigkeitsbeschwerde findet nur gegen **Endurtheile** und gegen die diesen hinsichtlich der Berufung **gleichgestellten Urtheile** statt [6]).

---

Abg. Prot. III, 64, 121—122, 125, 139.
R. Prot. III, 46.

Quellen zu Artikel 792 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 340—341; III, 76.
Abg. Prot. III, 64, 122, 125, 139; IV, 181, 192.
R. Ref. I, 150—155; II, 248—249.
R. Prot. III, 46—48; IV, 77.

Quellen zu Artikel 793 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 340—341; III, 76.
Abg. Prot. III, 64, 122, 125, 139; IV, 181, 192.
R. Ref. II, 249.
R. Prot. III, 48; IV, 77.

Quellen zu Artikel 794 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 340.
Abg. Prot. III, 64, 122, 124—125, 139.
R. Prot. III, 48

Hiezu vergleiche die Anmerkung 1 zu §. 433 bezüglich der Zuständigkeit des Bundesoberhandelsgerichts.

2) Artikel 1341 Absatz 1 Pr. O.
3) Artikel 788 init.
4) Vgl. §. 12.
5) Artikel 12 Grundlagengesetz.
6) Artikel 788 init. Vgl. §. 420.

Ob unter den Urtheilen, welche den Endurtheilen hinsichtlich der Berufung gleichgestellt sind, blos die in Artikel 683 bezeichneten oder auch sonstige Urtheile zu verstehen sind, von welchen an anderen Stellen der Proceßordnung gesagt wird, daß dagegen Berufung zuläßig sei [7]) wird bestritten. Jedenfalls könnte, wenn die Frage im Sinne der ersten Alternative bejaht wird, die Nichtigkeitsbeschwerde in Bezug auf den betreffenden Punct mit der Beschwerde gegen das nächste dem Cassationsrecurs selbständig unterliegende Urtheil verbunden werden [8]). Vgl. über das Nähere Ziffer II Litt. b Numer 5.

Endlich ist zu bemerken, daß in allen Fällen Nichtigkeitsbeschwerde gegen solche Nichtendurtheile stattfindet, bezüglich deren das Gesetz ausdrücklich sagt, daß dagegen selbständige Rechtsmittel zuläßig sind.

3) Die Nichtigkeitsbeschwerde findet nur statt gegen die im letzten ordentlichen Rechtszug ergangenen Endurtheile ꝛc. [9]).

Hieraus folgt, daß die Beschwerde nicht beschränkt ist auf Urtheile des zweiten Rechtszugs, vielmehr auch gegen jene Urtheile Platz greift, für welche wegen Mangels der erforderlichen Beschwerdesumme die erste zugleich die letzte ordentliche Instanz bildet. Die Nichtigkeitsbeschwerde selbst ist an das Vorhandensein eines bestimmten Vermögenswerthes als Streitgegenstand nicht geknüpft.

Ueber die Zuläßigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Erkenntnisse ꝛc. [10]) vgl. §. 76.

II. Der generelle Grund, aus welchem eine Entscheidung mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann, ist die Verletzung des Gesetzes, „Gesetz" in seiner allgemeinsten Bedeutung genommen. Wenn die Pr. O. diesem Gedanken in der letzten Ziffer des Artikels 788 Ausdruck gibt, so begreift sie hierin, wie in einer generalis clausula alle in den vorhergehenden sechs Ziffern spezifizirten einzelnen Fälle mit [11]).

Den Gegensatz und deshalb die umfängliche Gränze des Gesetzbegriffs bildet die Thatsache [12]). Gleichviel welcher der in Artikel 788 Ziffer 1 bis 7 bezeichneten Fälle in Frage steht, kann darauf, daß das Gericht die thatsächlichen Ergebnisse der Beweise [13]) und Verhandlungen unrichtig aufgefaßt oder den Inhalt einer Urkunde falsch ausgelegt habe, eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht gestützt werden [14]), es sei denn, daß für die

---

7) Obschon sie an sich Endurtheile nicht sind. Hieher gehört insbesondere der Fall des Artikel 187. Man vergleiche auch den ähnlichen Fall in Artikel 597.

8) Artikel 788 Ziffer 2 Pr. O.

9) Artikel 788 init., Artikel 795 Absatz 2 Pr. O.

10) Artikel 788 init.

11) Abg. Prot. III, 124.

12) Auch jene Thatsachen, welche lediglich den Competenzpunct betreffen. Sammlung I Nr. 19.

13) Der Cassationshof hat ausgesprochen, daß die Frage, ob zur Auferlegung des Erfüllungseides hinreichende Wahrscheinlichkeit gegeben sei (Artikel 469 Absatz 1 Pr. O.), in das Bereich der thatsächlichen Beweiswürdigung falle. Sammlung I Nr. 20 lit. c.

14) Allerdings ist error in facto unter Umständen Restitutionsgrund. Vgl. Artikel 761 Ziffer 1.

Art der Auslegung und Würdigung bestimmte gesetzliche Vorschriften bestehen und daß diese verletzt worden sind [15]). Solcher gesetzlicher Beweisregeln ist in den §§. 238 ff. vielfach erwähnt. Ueberall aber, wo der Richter kraft des ihm gesetzlich zustehenden freien Ermessens einen Ausspruch in thatsächlicher Hinsicht erläßt, kann in dem angeblich unzutreffenden Resultate eine Rechtsverletzung nicht gefunden werden. Ob den Gegenstand der richterlichen Constatirung äußere oder innere Thatsachen (Wissen oder Nichtwissen, guter oder böser Glaube, Absicht oder Irrthum der Betheiligten) gebildet haben, ist gleichgiltig. In allen diesen Beziehungen ist der angebliche Irrthum des Richters ein Irrthum über Thatsachen. Dies gilt auch für die in Verträgen niedergelegten Willenserklärungen und für die Eruirung des Inhalts von Urkunden, in welchen jene Willenserklärungen ihren thatsächlichen Ausdruck gefunden haben [16]). Nur wo das Gesetz positiv vorschreibt, daß in einer an sich mehrdeutigen Wortfassung in Willenserklärungen ein bestimmter Sinn und kein anderer gefunden werden dürfe, würde eine entgegengesetzte Auslegung eine Gesetzesverletzung enthalten. Selbstverständlich ist es endlich eine Gesetzesverletzung, wenn der Richter die an bestimmte Thatsachen, Willenserklärungen, Rechtshandlungen ꝛc. vom Gesetze geknüpften Wirkungen nicht gelten ließ oder andere an deren Stelle setzte. Wegen Verletzung, falscher Auslegung oder unrichtiger Anwendung von Handelsgebräuchen findet Nichtigkeitsbeschwerde auch dann nicht statt, wenn dieselben nicht blos das Mittel für die Eruirung der vermuthlichen Absicht der Contrahenten, sondern wirkliches Gewohnheitsrecht bilden. Vgl. §. 392. Sind aber Handelsgebräuche einer Entscheidung zu Grund gelegt worden, von welchen die Partei behauptet, es sei dies überhaupt mit Unrecht geschehen, weil das Handelsgesetzbuch ausreichende Bestimmungen für den betreffenden Fall enthalte, so ist eine Verletzung des Gesetzes (der Vorschriften des Handelsgesetzbuches) in Frage und deshalb Nichtigkeitsbeschwerde statthaft. Der Cassationshof hat aber seine Beurtheilung auf diese Frage zu beschränken [17]). Aus diesen Bemerkungen ergibt sich, daß die Judicatur des Cassationshofes sich nur auf die Prüfung darüber erstreckt, ob eine wesentliche gesetzliche Form verletzt oder in Anwendung der Rechtsregeln auf den festgestellten Thatbestand gefehlt wurde, nicht aber auf die Frage, ob die thatsächliche Grundlage für die Rechtsanwendung richtig festgestellt ist [18]). Mit anderen Worten: der Cassationshof ist an die thatsächlichen Feststellungen in den Gründen der angefochtenen Entscheidung gebunden und dieses auch dann, wenn diese Feststellung im Gegenhalt zum parteilichen Sachverhalt und selbst zu sonstigen Actenstücken als irrthümlich sich ergäbe [19]).

Es gilt dies nicht blos von demjenigen, was vom Richter aus den parteilich bestrittenen Thatsachen als wahr oder nicht wahr ꝛc. erklärt, sondern auch von jenen Thatsachen, die er als unbestritten constatirt hat.

15) Artikel 791 Pr. O.

16) Vgl. alleg. Sammlung Bd. I Nr. 15, 20, 47.

17) Artikel 794. Vgl. Abg. Ref. II, 340 und die Motive zu den Modificationen des Reg. Entw. S. 18—19.

18) Abg. Ref. II, 339.

19) Um solche Irrthümer zu beseitigen, gibt das Gesetz andere Mittel als die Nichtigkeitsbeschwerde. (Urtheilsläuteration, Wiederaufnahmsklage).

Was diese letzteren anlangt, so wird der Fall nicht selten sein, daß dieselben in den Motiven zum angefochtenen Urtheile eben, weil sie unbestritten sind, mehr oberflächlich, voraussetzungsweise erwähnt, selbst stillschweigend als richtig und unbestritten angenommen werden. Der Cassationshof ist in solchen Fällen nicht gehindert, erläuterungs- und ergänzungsweise dem thatsächlichen Bild in den Entscheidungsgründen aus den ihm vorgelegten Parteiacten bestimmtere Conturen zu geben.

Anlangend den Inhalt des Begriffs „Rechtsregel" in Artikel 788 Ziffer 7, so ist dieser im weitesten Sinne zu nehmen. Unter Rechtsregel wird jede Norm verstanden, nach welcher judicirt wird, gleichviel, welches ihre Quelle und Form ist, ob Gesetz oder Gewohnheit oder Wissenschaft, ob sie geschrieben ist oder nicht, ob sie ausdrücklich ausgesprochen ist oder sich aus dem Sinn und Zusammenhang der Gesetze ergibt, — gleichviel ferner ob einheimisches oder fremdländisches Recht, ob allgemeines oder Particularrecht, — gleichviel endlich ob bürgerliches oder Proceß- oder sonst öffentliches Recht ꝛc. beziehungsweise seine Verletzung den Grund der Beschwerde bildet. Dieser weite Umfang wurde der Competenz des Cassationshofs insbesondere im Interesse der Rechtseinheit gegeben[20]).

Uebrigens berechtigt nicht jede in einem Proceß vorgekommene Gesetzesverletzung zur Nichtigkeitsbeschwerde, sondern nur eine solche, auf welcher die angefochtene Entscheidung beruht, Entscheidung in dem Sinne genommen, in welchem sie der erschöpfende Ausdruck ist nicht blos für das, was entschieden wurde (materieller Inhalt des Urtheils ꝛc.), sondern auch für die Art, wie die Entscheidung zu Stande kam und in die Erscheinung trat, ihre Form (Urtheilsfällung). Vgl. Band I S. 630.

Diese zwei Categorien von Nichtigkeitsgründen sind näher zu betrachten.

Sie sind exclusiv, nicht exemplicativ in Artikel 788 aufgezählt:

a) Mängel der Urtheilsfällung.

Hieher gehören die Bestimmungen der Proceßordnung in den Ziffern 3, 4 und 5 des Artikel 788. Die Entscheidung kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden:

1) Wenn das entscheidende Gericht gleichviel ob bei der Verhandlung, Schöpfung oder Verkündung der Entscheidung nicht vorschriftsmäßig besetzt war[21]).

Hieher zählt insbesondere der Fall, wenn unter den als Richter fungirenden Persönlichkeiten solche waren, welche überhaupt oder für den besonderen Fall nach den einschlägigen Bestimmungen über Behinderung und Ablehnung das Richteramt nicht üben konnten, desgleichen der Fall, wenn ein Richter an der Entscheidung theilgenommen hat, welcher der Verhandlung nicht anwohnte, weil ein Richter, der im gegebenen Fall nicht fungiren kann, auch nicht gezählt werden darf[22]).

Dasselbe gilt vom Gerichtsschreiber und Staatsanwalt, insoweit deren Theilnahme überhaupt als nothwendig vorgeschrieben ist.

---

20) Abg. Prot. III, 63—64, 124—125.
21) Artikel 788 Ziffer 3.
22) Abg. Prot. III, 62. Abg. Ref. II, 339.

2) Die Entscheidung kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn sie nicht mit Gründen versehen ist[23]). Sind die zugefügten Entscheidungsgründe unrichtig, so findet Nichtigkeitsbeschwerde nicht statt, es sei denn, daß auch die Entscheidung eine gesetzwidrige ist[24]), indem entweder die Gründe zugleich eine Entscheidung involviren oder deren Unrichtigkeit ein falsches Ergebniß im Tenor zur Folge hatte. Ist keines von Beiden der Fall, d. h. würde, auch wenn die Motive eine andere richtigere Auffassung von Rechtssätzen oder Thatsachen darböten, gleichwohl das Resultat der Entscheidung dasselbe sein: so ist jene Unrichtigkeit ohne Belang.

Blose Gründe sind nämlich nicht Theil der Entscheidung, jedoch eine wesentliche (Verf. Urk. Tit. 8 §. 2) Form derselben[25]).

Uebrigens reicht es, um diesem formellen Erforderniß zu genügen, nicht hin, der Entscheidung überhaupt Gründe beizugeben, vielmehr muß jede von mehreren im Urtheile enthaltenen einzelnen Entscheidungen mit Gründen versehen sein und zwar nicht nur die ausdrückliche, sondern auch die stillschweigende Entscheidung. Wird z. B., obschon die Einrede der Zahlung vorgeschützt war, der Beklagte verurtheilt, ohne der Verwerfung dieser Einrede im Tenor zu erwähnen, so müssen doch in den Motiven die Gründe der Verwerfung angegeben sein[26]). Auch ist erforderlich, daß die thatsächlichen und rechtlichen Motive der Entscheidung gegeben werden[27]). Darauf, wie ausgedehnt oder beschränkt im Uebrigen die Motivirung gehalten, kömmt es allerdings nicht an. Doch bietet eine inhaltlose Phrase kein erkennbares Motiv z. B. die Formel: „In Erwägung, daß die Einrede der Zahlung sich als unbegründet darstellt;" denn hier fehlt gerade das Warum in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung. Die bestimmte Feststellung bestrittener Thatsachen darf in den Gründen nie fehlen. Stützt sich die Entscheidung auf unbestrittene Thatsachen, so kann allerdings die Motivirung in dieser Hinsicht äußerst kurz sein, allenfalls in der Bezugnahme auf den Inhalt von Schriftsätzen z. B. der sofort übergebenen Sachverhaltsdarstellung zum Ungehorsamsurtheile oder in der Bezugnahme auf Zwischenurtheile bestehen, welche als Entscheidungsgründe in Betracht kommen, soweit sie zur Unterlage der durch die Nichtigkeitsbeschwerde angefochtenen Entscheidung gehören[28]). Vgl. auch folgende Ziffer 7.

3) Die Entscheidung kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn entweder dieselbe auf Grund einer Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Oef-

23) Artikel 788 Ziffer 4.
24) Artikel 790 Absatz 1 Pr. O.
25) Abg. Ref. II, 339.
26) Abg. Prot. III, 62, 63, 124.
27) Vgl. Artikel 275 Pr. O.
28) Artikel 790 Absatz 2.

fentlichkeit des Verfahrens verletzt sind, oder [29]) wenn eine solche Verletzung bei der Verkündung stattgefunden hat [30]).

Eine Nichtigkeit ist hienach nur dann gegeben, wenn in geheimer (nicht blos beschränkt öffentlicher) Sitzung verhandelt oder wenn das Urtheil in geheimer oder beschränkt öffentlicher Sitzung verkündet wurde, gleichviel ob hierüber im einen und anderen Falle ein Gerichtsbeschluß gefaßt worden ist oder nicht, — oder wenn die Beschränkung der Oeffentlichkeit bei der Verhandlung ohne bezüglichen Gerichtsbeschluß stattfand, oder wenn der diese Beschränkung verfügende Gerichtsbeschluß nicht aus den Gründen erlassen wurde, welche in Artikel 149 Absatz 1 angegeben sind. Wurde ein solcher Grund als Anlaß der Beschränkung im Beschlusse bezeichnet, so ist die Nichtigkeitsbeschwerde auch dann nicht statthaft, wenn die Besorgniß von Aergerniß oder Störung des öffentlichen Friedens thatsächlich nicht, sondern nur in der Meinung des Gerichts bestand [31]). Vgl. auch §. 268.

b) Mängel der Entscheidung.

Diese zerfallen in zwei Arten: Unrichtigkeit des Entscheidungsinhalts (folgende Ziffern 6 und 7 oder Ziffer 7 und 6 des Artikel 788) und Mängel der Befugniß zu entscheiden (folgende Ziffern 4 und 5 oder Ziffer 1 und 2 des Artikel 788).

4) Die Entscheidung kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn sie gegen eine in derselben Sache früher ergangene rechtskräftige Entscheidung verstößt [32]). Es macht hiebei keinen Unterschied, ob die frühere Entscheidung von dem nämlichen oder einem anderen Gerichte erlassen wurde. Denn die durch das spätere Urtheil verletzte res judicata bildet für den concreten Fall das allein maßgebende Gesetz unter den Parteien und schließt jede weitere richterliche Prüfung aus [33]). Auch ist die Zulässigkeit der Beschwerde davon nicht bedingt, daß der fragliche Nichtigkeitsgrund im früheren Rechtszuge nicht geltend gemacht wurde [34]). Vgl. §. 440. Welche Entscheidungen der Rechtskraft fähig, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt und wieweit sich die eingetretene erstreckt, sagen die Artikel 294, 295, 296, 756, 759 und 764. Vgl. auch §§. 252—254, 422.

5) Die Entscheidung kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn das entscheidende Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat [35]). Hieher gehört der Fall, wenn das Gericht sich für zuständig erklärt hat, obschon den bürgerlichen Gerichten für die betreffende Sache Jurisdiction überhaupt fehlt [36]), nicht minder der Fall der exceptio litis alibi

---

29) In jedem beider Fälle ist Nichtigkeitsbeschwerde zuläſſig. Abg. Prot. III, 124.
30) Artikel 788 Ziffer 5.
31) Abg. Ref. II, 339; Abg. Prot. III, 62.
32) Artikel 787 Ziffer 1.
33) Abg. Ref. II, 339 bis 340.
34) Artikel 792 i. f.
35) Artikel 788 Ziffer 2.
36) Abg. Ref. II, 340.

pendentis (Artikel 179), mag nun bei dem anderen Gericht ein Endurtheil noch nicht erlassen oder das erlassene noch nicht zur Rechtskraft gelangt sein. Argum. Artikel 179 Absatz 3.

Die Bestimmung der Ziffer 2 des Artikel 788 erhält übrigens eine besondere Complication durch die Eingangsworte desselben Artikels, welche auch wegen Verletzung von Competenzregeln die Cassationsbeschwerde nur gestatten, wenn die bezügliche Entscheidung ihren Ausdruck in einem Endurtheile oder in einem diesem hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufung gleichgestellten Urtheile gefunden hat.

Meines Erachtens sind hienach mit (selbständiger) Cassationsbeschwerde vor Allem anfechtbar jene Entscheidungen, welche die Klage von hier[37]) oder die Appellation als unzulässig[38]) abweisen. Denn Klagsabweisungen sind Endurtheile (nicht blos den Endurtheilen gleichgestellt). Die Appellation aber ist im Sinne der neuen Proceßordnung analog einer Klage gegen das erstrichterliche Urtheil, wie sie denn auch die Eröffnung einer vollen neuen Instanz in facto et jure bezielt, folglich von der deutschrechtlichen Appellation grundverschieden ist. Die Abweisung der Appellation beendigt, beziehungsweise schneidet den Proceß in zweiter Instanz ab, wie die Klagsabweisung in erster Instanz. Der bayr. oberste Gerichtshof hat indessen nach der entgegengesetzten Ansicht wiederholt erkannt, nämlich ausgesprochen, daß gegen Urtheile, welche die Berufung als unzulässig verwerfen, Nichtigkeitsbeschwerde unstatthaft sei[39]).

Mit (selbständiger) Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar sind meines Erachtens aber auch jene Entscheidungen, welche eine gerichtsablehnende Einrede verwerfen, weil sie, wenn auch blose Zwischenurtheile, doch hinsichtlich der Berufung den Endurtheilen gleichgestellt sind. Artikel 187 Pr. O. Es gehören hieher alle bezüglichen Erstinstanzurtheile, bei welchen es an der summa appellabilis fehlt, dann alle bezüglichen Berufungsurtheile und diese nicht blos insoferne, als sie die gerichtsablehnenden Einreden des Beklagten in erster Instanz, sondern auch insoferne sie die Einreden des Berufungsbeklagten gegen die Zulässigkeit der Appellation verwerfen. Auch hier hat der bayerische oberste Gerichtshof im entgegengesetzten Sinne wiederholt erkannt[40]). Er constatirt nämlich aus der Entstehungsgeschichte der betreffenden Bestimmungen, daß, wenn im Artikel 187 gesagt ist:

„es finde gegen das dort erwähnte Zwischenurtheil ausnahmsweise selbständige Berufung statt,"

dies etwas Anderes bedeute, als wenn Artikel 683 vorschreibt:

„es seien die hier bezeichneten Zwischenurtheile aus-

---

37) Sei es in zweiter Instanz (Artikel 735) oder schon im ersten Rechtszug, aber in einem Falle, wo summa appellabilis mangelt.

38) Artikel 724 Ziffer 1 und 2.

39) Sammlung I Nr. 45 u. 46.

40) Sammlung I Nr. 16 u. 64.

nahmsweise hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufung den Endurtheilen gleichgestellt."

Ob der Gang der Berathungen mehr für oder gegen die Auffassung des obersten Gerichtshofs spreche, will ich dahin gestellt sein lassen. Eines bleibt gewiß: Wird ein Zwischen- d. h. an sich selbständig nicht appellables Urtheil dem Endurtheil hinsichtlich der Berufung gleichgestellt, so ist damit sachlich genau nichts Anderes erklärt, als daß jenes Zwischenurtheil selbständig appellabel sein solle. Im Uebrigen mache ich nur noch auf zwei Consequenzen der oberstrichterlichen Ansicht aufmerksam. Artikel 187 bezweckt, unnöthige Beweiserhebungen schon im ersten Rechtszuge zu ersparen. Wird selbständige Cassationsbeschwerde gegen zweitrichterliche Urtheile im Sinne jenes Artikels nicht zugelassen: so müssen im zweiten Rechtszuge die bezüglichen Beweiserhebungen mit der Aussicht gepflogen werden, sammt dem ganzen zweitrichterlichen Verfahren schließlich als nichtig aufgehoben zu werden. Dasselbe gilt im Falle eines wegen mangelnder Beschwerdesumme nicht appellablen Urtheils von der erstrichterlichen Beweisaufnahme.

6) Nichtigkeitsbeschwerde ist statthaft, wenn die Entscheidung auf Verletzung, falscher Auslegung oder unrichtiger Anwendung einer Rechtsregel beruht [41]).

Hiemit ist der Fall gemeint, wenn das Gericht bei der Subsumtion des von ihm nach Maßgabe der Verhandlung und Beweisführung festgestellten thatsächlichen Materials unter das Gesetz das letztere verletzt hat, sei es, daß diesen Thatsachen die ihnen nach einem Gesetze zukommenden Wirkungen versagt wurden (Unerheblichkeitserklärung) oder daß Thatsachen für erheblich erklärt wurden, welchen das Gesetz keinerlei Wirkung einräumt, oder daß eine andere als die hieher treffende Rechtsvorschrift zur Anwendung gebracht oder die hier entscheidende Rechtsvorschrift in anderem als dem ihr zu Grund liegenden Sinn angewendet worden ist [42]). Es gehört insbesondere hieher auch der Fall, wenn das Gericht z. B. den Tag der Berufungseinlegung richtig feststellend die Appellation als desert verwarf in der irrigen Annahme, daß dieser Tag schon außerhalb des Berufungsfatale falle. Hätte aber das Berufungsgericht im Widerspruch mit dem Datum des Appellacts einen anderen Tag als jenen, an welchem Berufung wirklich eingelegt wurde, als den der Appellation irrthümlich angenommen, hieran eine an sich richtige Berechnung das Fatale geknüpft und die Berufung als verspätet verworfen: so läge kein Fall der Nichtigkeitsbeschwerde, sondern der Restitution vor. Vgl. Artikel 761 Ziffer 1.

7) Nichtigkeitsbeschwerde ist statthaft, wenn die Entscheidung unmittelbar oder mittelbar auf einer nichtigen Proceßhandlung beruht [43]).

41) Artikel 788 Ziffer 7.
42) Abg. Ref. II, 340. Abg. Prot. III, 63.
43) Artikel 788 Ziffer 6.

Es sind Proceßhandlungen gemeint, welche, in dem der Entscheidung vorausgegangenen Verfahren vorgenommen, zugleich mittel- oder unmittelbar mit zur Unterlage der Entscheidung genommen sind, der Art, daß diese sowie erlassen nicht mehr bestehen könnte, wenn jene daraus hinweg gedacht werden.

Besteht dieser logische Nexus nicht, sei es, daß eine früher vorgenommene nichtige Proceßhandlung zur Unterlage der Entscheidung gar nicht genommen oder, wenn dies der Fall, ohne Einfluß auf diese ist, indem selbe auch ohne und gegen jene Proceßhandlung rechtlichen und richtigen Bestand haben würde: so ist Nichtigkeitsbeschwerde nicht statthaft. Jene nichtige Proceßhandlung (sei es eine richterliche oder parteiliche) hat, wenn in das Urtheil mit aufgenommen, nur den Charakter eines unrichtigen Motivs zu einer richtigen Entscheidung [44]).

Besteht aber der angegebene Zusammenhang, so ist Beschwerde statthaft. Natürlich wird vorausgesetzt, daß die Nichtigkeit der fraglichen Handlung noch besteht. Ist selbe in der dafür schon im früheren Verfahren gesetzlich bestimmten Frist und Form nicht geltend gemacht worden und gehört sie auch nicht zu jenen, welche in jeder Lage der Sache geltend gemacht werden dürfen oder von Amtswegen zu berücksichtigen sind: so ist die Handlung convalescirt oder purgirt [45]). Welcher Art der Mangel ist, der eine jetzt noch fortdauernde Nichtigkeit begründet hat, darauf kömmt es nicht an. Er kann bestehen im Fehlen nothwendiger Voraussetzungen der Handlung z. B. von Eigenschaften der Partei und Parteivertreter ꝛc., wie in der gesetzwidrigen Art ihrer Vornahme (Förmlichkeiten des Verfahrens) [46]), wo es sich um Handlungen richterlicher Rechtsanwendung fragt, in der Verletzung des Gesetzes überhaupt z. B. Bewilligung eines gegnerischen Antrags gegen ein verbietendes Gesetz [47]).

## §. 439 [1]).

Daß die Nichtigkeitsbeschwerde von den bisherigen Haupt- und Nebenparteien erhoben werden kann, versteht sich von selbst [2]). Welche Personen als bisherige active Theilnehmer am Processe zu betrachten seien, ist in den §§. 253 und 421 erörtert.

---

44) Artikel 790 Absatz 2. Vgl. Abg. Prot. III, 62, 124, 125.
45) Abg. Ref. II, 339; Abg. Prot. III, 62.
Vgl. Artikel 792 und 793.
46) Vgl. Artikel 218—220 Pr. O.
47) R. Ref. I, 150 ff. R. Pr. III, 47.
1) Quellen zu Artikel 789 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 341.
Abg. Prot. III, 64, 121, 125, 139; IV, 180, 181, 192.
R. Ref. II, 247.
R. Prot. III, 45; IV, 77.
2) Artikel 789 init.

Zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde berechtigt sind aber auch solche Dritte, die zwar bisher keinen Antheil an dem Streite genommen haben, gegen die aber die Wirkung der Entscheidung, sei diese Urtheil oder Erkenntniß, sich erstreckt [3]). Es ist diese Bestimmung aus Artikel 684 und 765 wiederholt. Gegen welche Dritte die Entscheidung wirkt, sagt Artikel 294 der Pr. O. Vgl. §. 253; daß Gläubiger, welche im Sinne des Artikel 1166 des Code civil die Rechte ihres Schuldners ausüben, hieher gehören, ist in §. 421 bereits bemerkt, worauf des Weiteren überhaupt zu verweisen ist.

## §. 440 [1]).

Ist auch eine an sich der Nichtigkeitsbeschwerde unterworfene Entscheidung gegeben (§. 438), so kann die dazu berechtigte Partei (§. 439) von diesem Rechtsmittel doch keinen Gebrauch mehr machen, wenn im Fragefall jedes Rechtsmittel durch positive Vorschrift ausgeschlossen ist oder die Partei sich ihres Beschwerderechts begeben hat.

Das Erstere ist für sich klar.

Der Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde kann in Handlungen oder Unterlassungen zu Tage treten.

I. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn der Beschwerdeführer der Entscheidung ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen sich unterworfen hat [2]).

Ob ein solcher Fall gegeben, ist nach Artikel 695 zu bemessen [3]).

Als eine freiwillige Unterwerfung gilt der Urtheilsvollzug in den Fällen des Artikel 799 Absatz 2 auch dann nicht, wenn der Nichtigkeitskläger von der ihm dort eingeräumten Befugniß der Sicherheitsbestellung gegenüber einer eingeleiteten Execution keinen Gebrauch macht und ebensowenig, wenn er der Vollstreckungseinleitung zuvorkommend freiwillig erfüllt, es sei denn, daß daneben von ihm Erklärungen abgegeben oder Handlungen vorgenommen werden, welche nothwendig zu dem Schlusse führen, daß er nicht blos das Urtheil zur Zeit erfüllen, sondern zugleich der Nichtigkeitsbeschwerde sich begeben wolle. Dasselbe gilt für die Handlungen und Erklärungen des Anwalts. Soll daraus, vom Urtheilsvollzuge an sich abgesehen, ein Verzicht auf die Cassationsbeschwerde abgeleitet werden, so muß

---

3) Artikel 789.

1) Quellen zu Artikel 795 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 341; III, 76, 77.
Abg. Prot. III, 64, 122, 125, 139; IV, 181, 192.
R. Ref. I, 121—122, 155; II, 249—250.
R. Prot. III, 48; IV, 77.
Quellen zu Artikel 797 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 343; III, 77.
Abg. Prot. III, 64-65, 122, 125, 139; IV, 181, 192.
R. Ref. I, 122, 156; II, 250—251.
R. Prot. III, 48; IV, 77.

2) Artikel 795 Absatz 1 Pr. O.

3) Abg. Prot. III, 125.

derselbe überdies hiezu mit specieller Ermächtigung versehen sein. Vgl. Artikel 92 Ziffer 3.

II. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ausgeschlossen:

1) Wenn der Beschwerdeführer Abhilfe gegen die Entscheidung dadurch erlangen konnte, daß er dagegen Einspruch oder Berufung oder Beschwerde oder die Wiederaufnahmsklage erhob und hiebei den Nichtigkeitsgrund geltend machte, — aber von diesen Mitteln keinen Gebrauch gemacht hat[4]).

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist das subsidiärste Rechtsmittel.

Es ist denkbar, daß demselben Urtheil gegenüber die eine Partei lediglich die Befugniß zur Nichtigkeitsbeschwerde, die andere das Recht des Einspruchs oder der Berufung hat. In solchen Fällen darf der Cassationskläger die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht unterlassen. Denn er kann darauf nicht rechnen, daß der andere Theil wirklich und wenn, auch in zulässiger Weise von dem Einspruch oder der Berufung Gebrauch macht. Auch ist er gegen eine hinterherige Zurücknahme dieser Rechtsmittel nicht geschützt[5]). Die Verhandlung der Nichtigkeitsbeschwerde bleibt bis zur Erledigung der etwa eingelegten Einspruchs- oder Berufungsklage ausgesetzt. Bei der Verhandlung der letzteren hat der Cassationskläger auch seine Nichtigkeitsgründe (Anschließung) geltend zu machen. Wird die Berufung oder der Einspruch als unzulässig verworfen oder in dem auf die Sache selbst eingehenden Urtheile den Anträgen des Nichtigkeitsklägers nicht stattgegeben, so hat es dann ersteren Falls zur Verhandlung der Cassationsbeschwerde zu kommen, letzterenfalls stehen ihm gegen das Einspruchs- oder Berufungs-Urtheil neuerdings die gewöhnlichen Rechtsmittel zu. Würde der Cassationskläger bei der Einspruchs- oder Berufungsverhandlung au fond seine Nichtigkeitsbeschwerden nicht geltend machen, so ist er zur selbständigen Geltendmachung derselben vor dem Cassationshofe nicht mehr berechtigt.

Die Zulässigkeit einer Wiederaufnahmsklage schließt übrigens die Nichtigkeitsbeschwerde nur aus, wenn derselbe Beschwerdegrund zur restitutio contra sententiam berechtigt und zugleich die Nichtigkeit der anzufechtenden Entscheidung bedingte z. B. im Falle der Artikel 761 Ziffer 8 und Artikel 788 Ziffer 6.

2) Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn die für deren Erhebung gesetzlich vorgeschriebene Frist nicht eingehalten wurde.

Diese Frist beträgt sechzig Tage[6]).

Sie läuft für beide Theile von der Zustellung der beschwerenden Entscheidung, in den Fällen des Artikel 759 Absatz 2 aber von dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer durch den Gerichtsschreiber die in Artikel 751 vorgeschriebene Mittheilung erhalten

4) Artikel 795 Absatz 2.

5) Incidentrestitution möchte ein unsicherer Ausweg sein.

6) Die Frist ist also doppelt so lang wie die Berufungsfrist Der Grund ist, weil für die Cassationsinstanz Anwaltszwang nicht besteht und der Einlegungsact zugleich die gravamina bezeichnen und ausführen muß. Vgl. §. 441.

hat. Sie ist eine Nothfrist, folglich nicht erstreckbar, doch der Erweiterung nach Artikel 209 [7]) und der Unterbrechung nach Artikel 211 unterworfen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde kann auch schon vor Beginn des Laufs der Nothfrist eingelegt werden [8]).

## II. Capitel.

## Verfahren.

### §. 441 [1]).

I. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird durch Zustellung einer Beschwerdeschrift an den Nichtigkeitsbeklagten erhoben [2]). Sie unterscheidet sich hiedurch von der Appellation, die mittels Zustellung eines die gravamina noch nicht enthaltenden Gerichtsvollzieheracts erfolgt [3]).

Die Beschwerdeschrift muß von dem Anwalte des Beschwerdeführers gefertigt d. h. unterzeichnet sein [4]).

Die Vertretung kann jedem bayrischen Advocaten übertragen werden [5]). Auch finden unter gegebenen Voraussetzungen die Vorschriften der Absätze 3

7) Abg. Prot. III, 125.
8) Artikel 797 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 798 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 343—345, 346; III, 77.
Abg. Prot. III, 65, 66, 122, 125—126, 140; IV, 181, 192.
R. Ref. I, 122—156; II, 251—253.
R. Prot. III, 48; IV, 77.
Quellen zu Artikel 799 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 343; III, 77.
Abg. Prot. III, 64—65, 119—120, 122, 125, 140; IV, 181, 193.
R. Ref. II, 251—253.
R. Prot. III, 48; IV, 77.
Quellen zu Artikel 800 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 343—345, 346; III, 77.
Abg. Prot. III, 65—66, 122, 125—126, 140; IV, 181, 193.
Abg. Ref. II, 253.
R. Prot. III, 48—49, 89; IV, 77.
Quellen zu Artikel 802 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 346; III, 77.
Abg. Prot. III, 66, 122, 126, 140; IV, 181, 193.
R. Prot. III, 49.
Quellen zu Artikel 810 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 78.
Abg. Prot. III, 123, 127, 141; IV, 181, 194.
R. Ref. II, 254.
R. Prot. III, 51; IV, 77.
2) Artikel 798 init. Pr. O.
3) Vgl. Artikel 698.
4) Abg. Prot. III, 125.
5) Artikel 79 Absatz 2 Pr. O.

und 4 Artikel 79 der Pr. O. Anwendung; daß der betreffende Fiscal oder Anwalt am Sitze des obersten Gerichtshofes wohne, ist nicht erfordert.

Als Anwaltsact muß die Beschwerdeschrift den allgemeinen Erfordernissen eines solchen entsprechen. Vgl. Artikel 165 und §. 257. Außerdem hat sie zu enthalten:

1) Die Bezeichnung der Entscheidung (Urtheil, Erkenntniß, Verfügung ꝛc.), gegen welche die Beschwerde gerichtet ist [6]).

Soll eine Mehrzahl von Entscheidungen vernichtet werden [7]), so ist jede derselben zu bezeichnen.

Die Bezeichnung hat so bestimmt zu geschehen, daß eine Verwechslung ausgeschlossen ist. Sie soll sich insbesondere auf die Angabe des betreffenden Gerichts, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ward, auf deren Datum, den Streitgegenstand und die betheiligten Parteien erstrecken.

2) Die Angabe der Nichtigkeitsgründe (§. 438 Ziffer I). Jeder einzelne Nichtigkeitsgrund ist gesondert anzuführen [8]), da derselbe in der Beschwerdeschrift ganz analog dem Klagegrund in der Klageschrift in Betracht kommt.

Es genügt nicht, das betreffende Urtheil ꝛc. zu bezeichnen und zu erklären, daß durch dasselbe eine Gesetzesverletzung im Sinne dieser oder jener Ziffer des Artikel 788 gegeben sei. Es müssen die Puncte, welche die Verletzung enthalten sollen, speciell bezeichnet und muß angegeben sein, in wiefern solches der Fall [9]). Im Falle der Ziffer 1 dieses Artikels müssen die beiden sich widersprechenden Entscheidungen und die Puncte, worin der Widerspruch gefunden wird, — im Falle der Ziffer 2 die Thatsachen, welche die Competenz begründen oder ausschließen, — im Falle der Ziffer 3 die Personen, welche bei der Verhandlung oder Entscheidung mitgewirkt bezw. nur mitgewirkt haben, — im Falle der Ziffer 6 die betreffende Proceßhandlung, deren Mängel und ihr Zusammenhang mit der angefochtenen Entscheidung, — im Falle der Ziffer 7 die Thatsachen, worauf das Gesetz ꝛc. nicht oder nicht richtig angewendet wurde, in der Art angeführt werden, daß der Nichtigkeitsgrund als individuell greifbar erscheint.

Wurde der Nullitätsgrund wie angegeben genau genug bezeichnet und sich zur Rechtfertigung auf Ziffer 7 des Artikel 788, nicht aber auch daneben auf eine einschlägige andere Ziffer dieses Artikels berufen, so ist dies ohne Nachtheil.

Nichtigkeitsgründe, welche weder in der Beschwerdeschrift noch in einem in laufender Frist zugestellten Nachtrag hiezu enthalten sind, dürfen weiterhin nicht geltend gemacht werden [10]). Hievon

---

6) Artikel 798 Ziffer 1 Pr. O.

7) Z. B. im Fall der Artikel 282, 283 oder wenn sonst mehrere Urtheile in derselben Sache ergangen sind, die erst jetzt mit der Cassationsbeschwerde angegriffen werden konnten. Vgl. §. 438.

8) Vgl. Artikel 798 Ziffer 2 Pr. O. Abg. Prot. III, 125.

9) Vgl. Artikel 165 Ziffer 5, Artikel 225, 713 Pr. O.

10) Artikel 798 Absatz 2 Pr. O. Der Ausweg der Incidentrestitution möchte hier selten anwendbar sein.

sind nur jene Nullitätsgründe ausgenommen, welche nach gesetzlicher Vorschrift in jeder Lage der Sache von Amtswegen zu beachten sind.

3) Die bestimmte Anführung des Gesetzes oder derjenigen Rechtsregel, deren Verletzung, falsche Anwendung oder unrichtige Auslegung behauptet wird, und dies zwar bei jedem einzelnen Nichtigkeitsgrund (Ziffer 2).

Insofern ein bisher nicht geltend gemachter selbständiger Cassationsgrund dadurch nicht nachgeschleppt wird, ist auch nach Ablauf der Cassationsfrist die Beschwerdeausführung mit neuen Rechtsgründen unbehindert.

4) Ein bestimmtes Gesuch [11]), dahin gerichtet, welche Entscheidung und inwieweit eine solche zu vernichten beantragt werde.

Thatsächliche Verhältnisse, welche bereits festgestellt oder deren Vorbringen im ordentlichen Rechtszuge [12]) versäumt wurde, eignen sich nicht zur Aufnahme in die Beschwerdeschrift. Auch soll sich diese einfacher [13]) Wiederholung von rechtlichen Ausführungen in früheren Schriftsätzen enthalten [14]). Ist eine neue Darstellung mit rechtlicher Begründung nöthig oder räthlich, so ist diese natürlich unverwehrt, wenn sich dabei auch nicht alle Wiederholungen vermeiden lassen [15]).

II. Die Beschwerdeschrift ist dem Nichtigkeitsbeklagten und, wenn derselben mehrere sind, jedem derselben [16]) zuzustellen [17]).

1) Die Zustellung hat durch Gerichtsvollzieheract zu geschehen. Sie erfolgt auf Betreiben des Beschwerdeführers an den Gegner selbst. Zustellung von Partei zu Partei.

Der Zustellungsact [18]) hat die Aufforderung an den oder die Nichtigkeitsbeklagten zu enthalten, innerhalb der gesetzlichen Frist einen Anwalt zu bestellen und durch ihn dem Gegenanwalte von der erfolgten Bestellung Anzeige machen zu lassen.

Die Frist, in welcher der Nichtigkeitsbeklagte der Aufforderung zu genügen hat (Erscheinungsfrist), beträgt 30 Tage vom Tage der Zustellung der Beschwerdeschrift gerechnet. Die Dauer der Erscheinungsfrist muß unter Berücksichtigung der Bestimmung des Artikel 209 [19]) in der Zustellungsurkunde angegeben sein. Hiebei ist die Entfernung des Wohn- oder Aufenthaltsorts des Nichtigkeitsbeklagten vom Wohnorte des Anwalts des Beschwerdeführers maßgebend [20]).

Im Uebrigen ist das Verfahren analog dem bei Zustellung der Klageschrift [21]).

2) An die Zustellung der Beschwerdeschrift (Erhebung der Nichtigkeits-

11) Artikel 798 Ziffer 3 Pr. O.
12) Wo es zuläſſig war.
13) Vgl. Artikel 717 und Abg. Prot. III, 126.
14) Artikel 802 Pr. O.
15) Abg. Prot. III, 126.
16) Artikel 800 Pr. O.
17) Artikel 203 Absatz 1 Pr. O.
18) Nicht etwa die Beschwerdeschrift. Abg. Prot. III, 125.
19) Auch der Artikel 211 findet bei gegebenen Voraussetzungen Anwendung.
20) Wernz Commentar S. 665—666. Eine andere Ansicht findet sich im Gerichtsvollzieherhandbuch S. 343 Anm. 11. Die Wernzische Ansicht verdient den Vorzug.
21) Abg. Prot. III, 125.

beschwerde) knüpfen sich theils unmittelbare theils mittelbare Wirkungen.

Suspensiveffect hat dieselbe, was den Vollzug des angefochtenen Urtheils durch Fortsetzung des Processes betrifft, kraft Gesetzes nur dann, wenn durch sie eine Eidesleistung verhindert werden soll[22]). In den übrigen Fällen der Fortsetzung des Verfahrens (nach Entscheidung von Präjudicialpuncten ꝛc.) kann wenigstens das Gericht nach Erfordern der Umstände die weitere Verhandlung vertagen. Handelt es sich um die Zwangsvollstreckung[23]) der angefochtenen Entscheidung, so wird diese mit Erhebung der Beschwerde weder kraft Gesetzes suspendirt, noch kann sie durch gerichtliche Verfügung[24]) gehemmt werden. Allein der Nichtigkeitskläger ist berechtigt, sich wenigstens gegen die Fortsetzung der eingeleiteten Vollstreckung bis zur erfolgten Beschwerdeerledigung dadurch zu schützen, daß er Caution bestellt. Handelt es sich im angefochtenen Urtheil um eine bestimmte Summe, so ist diese gerichtlich zu hinterlegen. Andernfalls ist auf Antrag des Nichtigkeitsklägers von dem Vollstreckungsgerichte[25]) der Cautionsbetrag zu bestimmen und dann zu hinterlegen[26]). Ueber die Art der Cautionsleistung im einen wie im anderen Falle vgl. Artikel 130 und §. 165. Würde übrigens trotz eingelegter Nichtigkeitsbeschwerde der Proceß fortgesetzt oder die Execution vollzogen und der Beschwerde stattgegeben: so treten die darauf vorgenommenen Proceßhandlungen außer Wirksamkeit und der Gläubiger ist für den Rückersatz der durch Vollstreckung erzwungenen Leistungen, allenfalls auch für Schadensersatz haftbar[27]).

Von einem Devolutiveffect, wie bei der Berufung, kann, den seltenen Fall des Artikel 820 ausgenommen[28]), bei der Cassationsbeschwerde nicht die Rede sein. Denn sie bezielt nur die Aufhebung[29]), nicht die Abänderung des Urtheils.

III. Unter Ziffer I und II ist der gewöhnliche Fall der Cassationsbeschwerde vorausgesetzt, jener, in welchem dem Nichtigkeitskläger eine andere Partei gegenüber steht. Dieser Fall ist stets gegeben, wenn ein Urtheil den Gegenstand der Anfechtung bildet. Er ist aber auch in Sachen der streitigen wie der nichtstreitigen Rechtspflege überall da gegeben, wo zwar den Gegenstand der Anfechtung ein Erkenntniß oder eine Verfügung (§. 438 Ziffer II, 2) bildet, jedoch eine Gegenpartei nach Artikel 744 (vgl. Artikel 751) beigezogen war oder in anderen (als Beschwerde-) Fäl-

---

22) Artikel 799 Absatz 1 Pr. O.
23) Vgl. Abg. Prot. III, 125.
24) Wie bei der Wiederaufnahmsklage. Vgl Artikel 777 Absatz 2.
25) Also nicht vom bisherigen Proceßgerichte, gegen dessen Entscheidung die Beschwerde erhoben, dessen Thätigkeit aber zur Zeit der Beschwerdeerhebung consumirt ist, ebensowenig vom Cassationshof. Abg. Prot. III, 119—120, 125.
26) Artikel 799 Absatz 2 Pr. O.
27) In der Pfalz hat die Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde Suspensiveffect kraft Gesetzes bei Urtheilen auf Ehescheidung. Artikel 265 Code civil; Artikel 69 Einf. Ges. z. Pr. O.
28) Vgl. §. 446.
29) Vgl. §. 445.

len nach der Natur der Sache als vorhanden anzunehmen ist, insoferne die angefochtene Entscheidung für sie wirkt.

Steht aber dem Nichtigkeitskläger ausnahmsweise, sei es in Fällen der streitigen oder nichtstreitigen[30]) Rechtspflege, eine Partei in der That nicht gegenüber, so erfolgt die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde mittels einer auf der Gerichtsschreiberei des obersten Gerichtshofs einzureichenden Vorstellung des bestellten Anwalts des Cassationsklägers. Diese Vorstellung muß als Anwaltsact den allgemeinen Erfordernissen eines solchen genügen und außerdem den Vorschriften des Artikels 798 Ziffer 1—3 entsprechen[31]). Vgl. Ziffer I oben.

IV. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann in jeder Lage der Sache d. h. sowohl in der Verhandlung als der letzteren vorgängig ganz oder in Beziehung auf einzelne Nichtigkeitsgründe zurückgenommen werden. Der Anwalt hat hiezu in jedem Falle specielle Ermächtigung mit bezüglichem Nachweis nöthig[32]).

Die Zurücknahme verpflichtet zum Ersatze der dem Gegner verursachten Kosten und Schäden.

Handelt es sich um die Zurücknahme einer Beschwerde im Sinne des Artikel 810, so genügt eine mit dem erforderlichen Vollmachtsnachweis verbundene Erklärung in der Sitzung oder ihr vorgängig auf der Gerichtsschreiberei des obersten Gerichshofs.

In anderen Fällen kann

1) die einseitige Erklärung des Nichtigkeitsklägers bei Gericht d. i. auf der Gerichtsschreiberei oder in der Sitzung, wenn sie in Abwesenheit des Gegners geschieht, zunächst nur die Wirkung haben, daß die Sache von der Rolle gestrichen wird. Dahin hat m. E. in solchen Fällen das Urtheil des obersten Gerichtshofs zu lauten.

   Einer späteren Wiederanmeldung der Sache von Seite der einen oder anderen Partei steht die Streichung von der Rolle nicht entgegen.

2) Erfolgt die Zurücknahme vor Anmeldung der Sache lediglich durch Zustellung an den Gegner, so ist hiedurch dieser nicht vor einer nachträglichen Anmeldung geschützt. Geschieht letztere, so steht ihm die Einrede aus Artikel 795 Absatz 1 zu. Unterläßt er dieselbe, so hat jene Zurücknahme keinerlei Wirkung.

3) Erfolgt die Zurücknahme lediglich mittels Zustellung an den Nichtigkeitsbeklagten nach Anmeldung der Sache und ohne daß dieselbe beim Cassationshof zugleich abgemeldet wird[33]): so hat sie nur die Wirkung, daß der Beklagte bei der Verhandlung die Einrede der Unzulässigkeit der Beschwerde auf Grund des Artikel 795 Absatz 1 erheben kann. Erscheint keine der Parteien bei der

30) Allerdings wird der Fall des Artikel 810 sich im Bereich der nichtstreitigen Rechtspflege häufiger ergeben. Abg. Prot. IV, 127.

31) Artikel 810 Pr. O.

32) Vgl. Artikel 92 Ziffer 3, dann argum. Ziffer 4 voce „zum gänzlichen Abstand vom Processe", eine Unterscheidung, welche bei Ziffer 3 nicht gemacht ist. Vgl. §. 137.

33) Abmelden kann nur derjenige, der angemeldet hat.

Verhandlung, so wird die Beschwerde durch Urtheil erledigt; die Zurücknahme hat keinerlei Effect. Folgerecht ist der Beklagte gegen Chikane nur sicher, wenn ihm mit der Rücknahmserklärung zugleich der Nachweis über die vom Gegner geschehene Abmeldung zugestellt wird. Hatte der Beklagte selbst angemeldet, so ist es seine Sache, nach Empfang der Rücknahmserklärung die Anmeldung zurückzunehmen. Würde gleichwohl der Kläger hinterher anmelden, so könnte dies mit Folgen für den Beklagten doch nicht ohne bezügliche Vernachrichtung des Letzteren geschehen. Vgl. Artikel 804.

## §. 442 [1]).

Das zwischen Erhebung und Verhandlung der Nichtigkeitsbeschwerde in Mitte liegende Verfahren bildet eine besondere Art von Anwaltsproceß. Es richtet sich nach den Artikeln 801—808 der Pr. O. Uebrigens haben hiebei die allgemeinen Proceßvorschriften sinngemäße Anwendung zu finden.

Der wesentlichste Unterschied dieses Verfahrens vom gewöhnlichen Anwaltsprocesse liegt darin, daß eine Versäumungsprocedur nicht Platz greift und dies zwar weder aus unterlassener Anwaltsbestellung noch aus dem Nichterscheinen bei der Verhandlung. Seine natürliche Erklärung findet dies in dem Umstande, daß es sich vor dem Cassationshofe nur um die richtige Rechtsanwendung auf festgestellte Thatsachen handelt. Auch insoferne gestaltet sich das Verfahren vor dem Cassationshof eigenthümlich, als dasselbe eine Procedur darstellt, bei welcher für die Entscheidung die Schrift maßgebend ist. Hieraus erklärt sich die Unstatthaftigkeit von Nichtigkeitsgründen, welche nicht in der Beschwerdeschrift enthalten sind, entgegen die Berücksichtigung der darin aufgenommenen Nichtigkeitsgründe, auch wenn der Kläger bei der Verhandlung nicht vertreten ist.

Die Verhandlung soll durch Schriftenwechsel vorbereitet werden. Dieser kann nur stattfinden, wenn beklagterseits ein Anwalt bestellt worden ist.

I. Die Anwaltsbestellung des Cassationsbeklagten hat zwar im Laufe der Erscheinungsfrist zu geschehen. Sie kann aber auch nachträglich bis zur Verhandlung erfolgen. Selbst in der Verhandlung kann noch ein Anwalt für den Beklagten auftreten; vorgängige Anzeige hievon an den Gegenanwalt ist keine Vorbedingung. Wird die Anwaltsbestellung unterlassen, so knüpft sich hieran, auf solange dieser Zustand nach Ablauf der Erscheinungsfrist dauert, nur die Folge, daß dem Beklagten keine Zustellungen mehr gemacht werden und er die Befugniß entbehrt, seinerseits die Sache zu betreiben, anzumelden &c. Wird von ihm nachträglich ein Anwalt bestellt, so läuft hiemit nicht eine neue Frist zur Beantwortung der Beschwerde [2]).

---

1) Quellen zu Artikel 801 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 343—345, 346; III, 77.
Abg. Prot. III, 65—66, 122, 125—126, 140; IV, 181, 193.
R. Prot. III, 49.
Quellen zu Artikel 802 sieh' bei §. 441.
Quellen zu Artikel 805 sieh' bei §. 443.

2) Abg. Prot. III, 66.

Dem Nichtigkeitsbeklagten steht die Auswahl unter allen bayrischen Advocaten frei. Auch die Bestimmungen des Artikel 79 Absatz 3 und 4 finden Anwendung.

Die Anzeige über erfolgte Anwaltsbestellung ist in der gewöhnlichen Weise durch Gerichtsvollzieheract mitzutheilen; doch kann die Zustellung auch nach Artikel 205 geschehen.

Im Falle des Artikel 810 kann von beklagtischer Anwaltsbestellung und Schriftenwechsel keine Rede sein.

II. Ist ein Anwalt für den Nichtigkeitsbeklagten bestellt worden, so ist der Anwaltsproceß eingeleitet und es schließt sich hieran der Schriftenwechsel.

Es steht dem Anwalte des Cassationsbeklagten frei eine Antwort auf die Beschwerdeschrift zustellen zu lassen. Macht er hievon Gebrauch, so hat er dies mit der Anzeige von seiner Bestellung oder innerhalb der Erscheinungsfrist [3]) zu bewerkstelligen [4]). Uebrigens ist die Zustellung einer Antwort auf die Beschwerdeschrift auch nach Ablauf der Erscheinungsfrist und bis zum Beginne der Verhandlung noch statthaft; doch haftet die säumige Partei für die aus der Verzögerung und etwa nothwendig gewordenen Vertagung der Verhandlung sich ergebenden Kosten und Schäden [5]). Ist vor Zustellung der verspäteten Antwort beklagterseits die Anzeige von der erfolgten Anwaltsbestellung noch nicht gemacht worden, so ist sie mit dieser Zustellung zu verbinden. Da die Beantwortung der Beschwerde mittels Anwaltsacts zu geschehen hat, so muß die Antwortschrift den allgemeinen Erfordernissen eines solchen entsprechen. Auch die Vorschrift des Artikel 802 findet hieher Anwendung. Inhaltlich richtet sich die Beschwerdebeantwortung nach den Umständen des einzelnen Falles. Im Allgemeinen kann sie die Zulässigkeit oder Begründetheit der Beschwerde bestreiten. Ersterenfalls kann selbst zum Vorbringen von neuen thatsächlichen Momenten Anlaß sein. Man darf nur an die Behauptung des Nichtigkeitsbeklagten denken, der Kläger habe durch Unterwerfung unter die angefochtene Entscheidung auf sein Beschwerderecht verzichtet. In solchen und ähnlichen Fällen sind nach allgemeinen Grundsätzen die Beweise mit den Behauptungen zu verbinden. Erachtet der Cassationshof eine dergleichen Thatsache für erheblich und ungewiß, so wird er auf Zulassung zum Beweise darüber zu interloquiren haben. Das Beweisverfahren hat sich nach den allgemeinen Vorschriften [6]) zu richten.

Weiterer Schriftenwechsel ist nicht geboten. Erachten die Anwälte solchen für nöthig oder räthlich, so können bis zur Verhandlung weitere motivirte Anträge gewechselt werden. Auch kann der Cassationshof nach Erforderniß unter Vertagung der Verhandlung die Zustellung weiterer Schriftsätze anordnen.

---

3) Welche durch vorgängige besondere Anzeige der Anwaltsbestellung an ihrer vollen Dauer nicht verkürzt wird.
4) Artikel 801 Pr. O.
5) Artikel 805 Pr. O.
6) Allenfalls unter Anwendung des Artikel 734 Pr. O.

## §. 443 [1]).

Das Verfahren, soweit es bisher dargestellt ist, nimmt seinen Verlauf lediglich zwischen den Parteien. Es erübrigt, nachdem es gepflogen, die Anmeldung der Sache zur Verhandlung und die Fixation der letzteren beim Cassationshofe.

I. Anmeldung der Sache. Hinterlegung der Acten.

Die Anmeldung der Sache zur Verhandlung kann, wenn für den Nichtigkeitsbeklagten ein Anwalt nicht bestellt worden ist, nur vom Anwalte des Klägers nach Ablauf der Erscheinungsfrist, — wenn aber für den Cassationsbeklagten ein Anwalt bestellt ist, nach Zustellung der Antwort desselben auf die Beschwerdeschrift oder Ablauf der dafür bestimmten Frist von jedem der betheiligten Anwälte geschehen [2]).

Die Anmeldung erfolgt durch Hinterlegung der d. h. aller bezüglichen Acten des betreibenden Anwalts auf der Gerichtsschreiberei des obersten Gerichtshofs. Namentlich sind zu hinterlegen die angefochtene Entscheidung in Ausfertigung oder in der dem hier betreibenden Theil von der Gegenpartei zugestellten Abschrift, die Beschwerdeschrift, die dazu gehörige Zustellungsurkunde, die etwa erfolgte Antwort darauf und die sonst erforderlichen Urkunden und Proceßschriften [3]). Welche Urkunden und Schriften „sonst noch erforderlich", steht zwar in des betreibenden Anwalts Ermessen. Die Natur der Sache wie das Interesse seiner eigenen Partei bringt mit sich, daß er eben seine gesammten Parteiacten hinterlegt. In-

---

1) Quellen zu Artikel 803 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 346—347; III, 78.
Abg. Prot. III, 66—67, 122, 126, 140; IV, 181, 193.
R. Ref. II, 253.
R. Prot. III, 49; IV, 77.
Quellen zu Artikel 804 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 346—347; III, 78.
Abg. Prot. III, 66—67, 122, 126, 140; IV, 181, 193.
R. Prot. III, 49.
Quellen zu Artikel 805 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 347—348.
Abg. Prot. III, 67, 123, 126—127, 140.
R. Prot. III, 49.
Quellen zu Artikel 806 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 348.
Abg. Prot. III, 67, 123, 126—127, 140.
R. Prot. III, 49.
Quellen zu Artikel 807 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 347—348; III, 78.
Abg. Prot. III, 67, 123, 126—127, 140; IV, 181, 193.
R. Ref. II, 253.
R. Prot. III, 49; IV, 77.
Quellen zu Artikel 808 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 348; III, 78.
Abg. Prot. III, 67, 123, 127, 140; IV, 181, 193.
R. Prot III, 49.

2) Artikel 803 Absatz 1 Pr. O.

3) Artikel 803 Absatz 2 Pr. O.

soweit er die betreffenden Actenstücke in Urschrift oder Ausfertigung besitzt, sind diese zu hinterlegen, im Uebrigen die in seinem Besitz befindlichen Abschriften. Sind zur Verhandlung und Aburtheilung Acten der Vorinstanzen nöthig, so ist deren Vorlage an den Cassationshof in der in Artikel 711 bezeichneten Weise zu veranlassen. Die Anmeldung bezw. Hinterlegung kann persönlich oder mittels Uebersendung geschehen.

Die geschehene Anmeldung ist von der betreibenden Partei der anderen, falls diese einen Anwalt bestellt hat, mittels Anwaltsacts unter Beilegung eines Verzeichnisses der hinterlegten Schriften bekannt zu geben und die Zustellungsurkunde hierüber nachträglich auf der Gerichtsschreiberei einzureichen [4]). Mit diesem Nachweis soll für das weitere Verfahren eine sichere Basis gewonnen werden. Die Bekanntgabe an die Gegenpartei muß nicht gerade gleichzeitig mit der Anmeldung erfolgen; dieselbe zu beschleunigen, liegt aber immerhin im Interesse des betreibenden Theils [5]). Durch die Bekanntgebung ist die Gegenpartei aufgefordert, ihre Urkunden und Proceßschriften d. h. ihre gesammten Parteiacten ebenfalls zu hinterlegen und dem betreibenden Theile davon unter Beifügung eines Verzeichnisses der hinterlegten Schriften Kenntniß zu geben. Diese Hinterlegung soll binnen 15 Tagen von jener Zustellung abwärts geschehen, durch welche der Anwalt des betreibenden Theils von seiner Anmeldung Kenntniß gegeben hat [6]); doch ist die Actenhinterlegung von Seite des Anwalts, der nicht angemeldet hat, auch nach Ablauf dieser 15tägigen Frist bis zum Beginne der Verhandlung noch statthaft, die säumige Partei haftet aber für die aus der Verzögerung etwa sich ergebenden Kosten und Schäden [7]). Sobald die Actenhinterlegung auch Seitens des nichtbetreibenden Theils geschehen oder die hiefür bestimmte Frist abgelaufen, ist die Sache verhandlungsreif.

Hat der Gegner des betreibenden Theils keinen Anwalt bestellt, so fällt eine Benachrichtigung desselben behufs Actenhinterlegung hinweg. Die Unterlassung der Actenhinterlegung von Seite des nichtbetreibenden Theils hat die Folge, daß dessen Acten bei der Berichterstattung unberücksichtigt bleiben. Doch bildet letztere nicht die ausschließliche Grundlage der Entscheidung, insoferne der staatsanwaltschaftliche Antrag und die Verhandlung selbst mitzuberücksichtigen sind [8]).

Im Falle des Artikel 810 hat die Hinterlegung der angefochtenen Entscheidung, dann der einschlägigen Urkunden und Schriftstücke in Verbindung mit der Einreichung der Beschwerdeschrift zu geschehen. In Ermanglung einer Gegenpartei fällt eine Mittheilung hierüber ebenso hinweg, wie wenn in gewöhnlichen Fällen der Beklagte keinen Anwalt bestellt hat [9]).

II. Sofort nach erfolgter Anmeldung hat der Gerichtsschreiber in allen Fällen den Eintrag der Sache in das von ihm zu führende Hauptverzeichniß zu bewirken [10]).

---

4) Artikel 804 Absatz 1 und 3 Pr. O.
5) Abg. Prot. III, 126.
6) Artikel 804 Absatz 2 und 3 Pr. O.
7) Artikel 805 Pr. O.
8) Abg. Ref. II, 347.
9) Artikel 810 Pr. O.
10) Artikel 806 Absatz 1 Pr. O.

Die Acten sind von ihm, sobald deren Hinterlegung von beiden Parteien erfolgt ist oder eine Frist hiefür nicht mehr läuft oder überhaupt nicht lief [11]), dem Senatsvorstande zur Ernennung eines Berichterstatters zu übergeben [12]). Daß der Senatsvorstand als Vorsitzender die Berichterstattung auch selbst übernehmen könne, sagt das Gesetz nicht; doch wird die Frage bejaht werden dürfen. Der Berichterstatter hat auf Grund der beiderseits hinterlegten Acten, wenn aber solche nur von einer Partei hinterlegt sind, auf Grund dieser eine Darstellung des Sachbestands (species facti) ohne Gutachten [13]) zu fertigen und diese sammt den Acten an den Staatsanwalt zur Vorbereitung seines Antrags gelangen zu lassen. Der staatsanwaltschaftliche Antrag ist nicht blos in den Fällen des Artikel 160, sondern in allen Sachen zu stellen, übrigens erst in der Sitzung [14]).

Nachdem der Staatsanwalt die Acten dem Gerichtsschreiber zurückgestellt hat, bestimmt der Senatsvorstand den Tag zur Verhandlung in der Sitzung (Tagfahrtsanberaumung im Gegensatz zum Uebertrag in die Wochentabelle ꝛc. bei den Instanzgerichten) [15]). Der zur Verhandlung festgesetzte Tag muß wenigstens 15 Tage vorher durch Anschlag in dem Sitzungssaale und auf der Gerichtsschreiberei bekannt gemacht werden [16]). Er gilt als Ladung der Betheiligten [17]). Demzufolge kann, wenn die 15 tägige Frist nicht eingehalten wurde, die Verhandlung an dem bestimmten Tage nicht vorgenommen werden, es sei denn, daß beide Partcien bei derselben vertreten und ohne bezügliche Erinnerung in die Verhandlung eintreten. Andernfalls ist die Verhandlung in eine spätere Sitzung unter Einhaltung der 15 tägigen Frist beim neuerlichen Anschlage zu vertagen. Ist der Anschlag rechtzeitig erfolgt, so kann immerhin der Senatsvorstand von Amtswegen oder auf Gesuch eines am Erscheinen verhinderten Anwalts die Fixation ändern, wobei natürlich die Vorschriften des Artikel 808 Absatz 1 aufs Neue einzuhalten sind. Ob er hinreichenden Grund hiezu findet, steht in seinem Ermessen. Die Beschäftigung eines Anwalts bei einem anderen Gerichte bildet kaum einen genügenden Anlaß zur Aenderung der Fixation. Diese Bestimmungen sind conform mit den im Einf. Ges. zum Strafgesetzbuch enthaltenen Vorschriften [18]).

Gilt übrigens auch der Anschlag für sich allein als die gesetzliche Ladung der Parteien, so soll doch der Gerichtsschreiber gleichzeitig mit der Anheftung des Anschlags, soweit Anwälte bestellt sind, diese von dem anberaumten Sitzungstage noch besonders in Kenntniß setzen. Die Mittheilung geschieht durch ein an die Anwälte gerichtetes Schreiben. Dieses ist, wenn der Adressat weder am Sitze des obersten Gerichtshofs wohnt, noch einen daselbst wohnenden Advocaten als Zustellungsbevollmächtigten bezeich-

11) Vgl. unter Ziffer I die beiden letzten Absätze.
12) Artikel 806 Absatz 2 Pr. O.
13) Nähere Vorschriften über die Berichterstattung enthält das Gesetz nicht; es wollte dem Gerichtsgebrauche des Cassationshofs Raum gelassen werden. Abg. Prot. III, 126—127.
14) Artikel 807 Absatz 1 Pr. O.
15) Artikel 807 Absatz 2 Pr. O.
16) Artikel 808 Absatz 1 Pr. O.
17) Artikel 808 Absatz 2 Pr. O. init.
18) Abg. Prot. III, 127.

net hat, der Post zu übergeben. Das Concept des Schreibens und die von dem Empfänger ausgestellte Empfangsbescheinigung bezw. der Postschein sind den Acten beizuheften [19]). Unbedingt dürfen sich die Anwälte auf diese Notification nicht verlassen. Der Gerichtsschreiber ist zwar hiezu bei disciplinärer Ahndung verpflichtet; allein etwanige Versehen, Irregularitäten bei der Post ꝛc., kurz der Nicht- oder nicht rechtzeitige Empfang geben dem Anwalte kein Recht auf Vertagung. Nach Umständen kann der Cassationshof eine solche von Amtswegen anordnen. Für die hierauf erwachsenden Kosten bleibt aber immerhin dem Gegner zunächst die Partei haftbar, deren Anwalt ausgeblieben ist.

## §. 444 [1]).

I. In der festgesetzten Tagfahrt kann die Verhandlung der Sache durch Vertagung vereitelt werden.

Vertagung kann nach allgemeinen Grundsätzen von Amtswegen verfügt werden. Auf Antrag einer Partei ist sie auch bei Einwilligung der Gegenpartei, wie im Falle des Artikel 249, nur aus erheblichen Gründen zu bewilligen z. B. wegen plötzlicher Erkrankung eines Anwalts, wenn dieser durch einen Substituten um Verschiebung der Tagfahrt nachsucht. Sind übrigens solche Gründe vorhanden, so kann die Vertagung auch gegen den Widerspruch der andern Partei verfügt werden.

Im Vertagungsurtheil ist der neuerliche Sitzungstag festzusetzen [2]).

II. Der schriftlichen Natur des Verfahrens entsprechend ist eine Vertretung der Parteien bei der Verhandlung nicht geboten.

Selbst wenn keine der Parteien (durch einen Anwalt) erschienen ist, tritt eine circumductio termini nicht ein, sondern ist zu verhandeln, die Beschwerde zu prüfen und Urtheil zu erlassen.

Ist nur für die eine Partei ein Anwalt erschienen, so ist das nach Prüfung der Beschwerde zu erlassende Urtheil für die nichtvertretene Partei keine mit Einspruch anfechtbare Entscheidung. Dieses gilt selbst für den Fall, wenn die nichterschienene Partei einen Anwalt gar nicht bestellt oder der bestellte Anwalt sich schon vor der Verhandlung jeder Betheiligung am Verfahren enthalten hat [3]).

Entgegen kann sich der Nichtigkeitsbeklagte in der Tagfahrt auch dann

---

19) Artikel 808 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 809 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 348—349; III, 78.
Abg. Prot. III, 67, 123, 127, 141; IV, 181, 194.
R. Ref. II, 254.
R. Prot. III, 49—51; IV, 77.
Quellen zu Artikel 811 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 349; III, 78.
Abg. Prot. III, 67, 123, 127, 141; IV, 181, 194.
R. Ref. II, 254.
R. Prot. III, 51; IV, 77.

2) Artikel 809 Absatz 6 Pr. O.

3) Artikel 811 Pr. O.

vertreten lassen, wenn er bis dahin die Bestellung eines Anwalts unterlassen hat[4]).

Die Bestimmungen des Artikel 79 Absatz 2—4, dann des Artikel 80 Absatz 2[5]) und des Artikel 89[6]) der Pr. O. gelten auch für die Verhandlung beim Cassationshof.

III. Die Verhandlung beginnt mit dem Vortrage des Berichterstatters im Anschlusse an die von ihm angefertigte Darstellung des Sachbestands[7]).

Die erheblichen Stellen der angefochtenen Entscheidung sowie der sonst einschlagenden Actenstücke sind abzulesen[8]). Verlangt eine der Parteien die Ablesung weiterer Actenstücke, so kann der Vorsitzende dem Antrage entsprechen lassen[9]).

Die Anwälte können nach erstattetem Berichte zur Berichtigung und Vervollständigung der darin enthaltenen Darstellung das Geeignete vortragen und haben sodann ihre Erörterungen folgen zu lassen.

Nach den Vorträgen der Anwälte oder, falls keiner erschienen ist, nach erfolgter Berichterstattung wird der Staatsanwalt mit seinem Antrage vernommen[10]).

Nachdem der Staatsanwalt gesprochen, darf den Parteien das Wort nur gegeben werden, um Thatsachen zu berichtigen oder auf neue Rechtsgründe zu antworten[11]). Vgl. §. 28 i. f. Hiemit schließt die Verhandlung. Der Staatsanwalt ist zu weiteren Bemerkungen auf das rechtliche Vorbringen der Anwälte nicht zugelassen.

## III. Capitel.

## Urtheil.

### §. 445 [1]).

I. Die Prüfung des Cassationshofs ist zunächst darauf zu richten, ob die erhobene Beschwerde formell zulässig, und erst, wenn diese Frage zu bejahen, ob sie materiell begründet sei.

---

4) Artikel 809 Absatz 1 Pr. O.
5) Vgl. Abg. Ref. II, 344; Abg. Prot. I, 308; III, 65.
6) Gleichviel ob der auftretende Advocat der bestellte Anwalt der Partei oder von diesem substituirt ist und ob ersterenfalls nach Erhebung der Beschwerde oder Mittheilung der Beschwerdebeantwortung ein Wechsel in der Vertretung eingetreten und ob dem Gegner ein solcher Wechsel angezeigt worden ist oder nicht.
7) Artikel 809 Absatz 2 Pr. O.
8) Artikel 809 Absatz 3 Pr. O.
9) Abg. Prot. III, 50—51.
10) Artikel 809 Absatz 4 Pr. O.
11) Artikel 809 Absatz 5 mit Artikel 160 Absatz 2 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 812 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 78.
Abg. Prot. III, 123, 127, 141; IV, 181, 194.
R. Prot. III, 51.
Quellen zu Artikel 813 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 349; III, 78.
Abg. Prot. III, 67, 123, 127, 141; IV, 181, 194.

1) Ist die Beschwerde unstatthaft, weil es an den Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit mangelt, oder erscheint sie als nichtig, weil die Nothfrist nicht eingehalten ist oder die bei der Einlegung zu beobachtenden Förmlichkeiten und nothwendigen Erfordernisse außer Acht geblieben sind: so ist sie von Amtswegen als unzulässig zu verwerfen, ohne daß der Gerichtshof auf ihre materielle Würdigung eingehen darf, letzteres also auch dann nicht, wenn der Nichtigkeitsbeklagte bei der Verhandlung vertreten war und die betreffende Einrede nicht erhoben hat [2]). Die Frage übrigens, ob eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht im Sinne des Artikel 795 Absatz 1 verwirkt sei, ist nur auf bezügliche Einrede zu untersuchen. Vergl. §. 441 Ziffer IV.

Als unbegründet ist die Beschwerde zu verwerfen, wenn sie zwar formell zulässig, aber materiell nicht gerechtfertigt erscheint.

Wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen, gleichviel ob als unzulässig oder als unbegründet, so ist der Beschwerdeführer, wenn ihm Streitmuthwille zur Last fällt, in eine Geldbuße bis zu 100 fl. zu verurtheilen [3]). Streitmuthwille setzt unter allen Umständen eine

---

R. Prot. III, 51.
Quellen zu Artikel 814 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 350; III, 78.
Abg. Prot. III, 67, 124, 127—128, 141; IV, 181, 194.
R. Ref. II, 254—255.
R. Prot. III, 51; IV, 77.
Quellen zu Artikel 815 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 350—351; III, 78.
Abg. Prot. III, 67, 123—124, 127—128, 141; IV, 181, 194, 342, 371.
Abg. Ref. I, 156—158; II, 255.
R. Prot. III, 51—52 IV, 77—78.
Quellen zu Artikel 816 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 78—79.
Abg. Prot. IV, 181, 194.
R. Ref. II, 255—256.
R. Prot. III, 52—57; IV, 78.
Quellen zu Artikel 817 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 78—79.
Abg. Prot. IV, 181, 194.
R. Ref. II, 255.
R. Prot. III, 58—60; IV, 78.
Quellen zu Artikel 818 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 350—351; III, 79.
Abg. Prot. III, 67, 124, 128, 141; IV, 181—182, 195.
R. Ref. II, 256—257.
R. Prot. III, 60—61; IV, 78.
Quellen zu Artikel 819 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 349; III, 79.
Abg. Prot. III, 67, 124, 128, 141; IV, 182, 195.
R. Ref. II, 258.
R. Prot. III, 61; IV, 78.

2) Artikel 812 Pr. O.

3) Artikel 813 Pr. O. Dies gilt auch gegen Parteien, welche zum Armenrechte zugelassen sind. Sammlung v. Entsch. d. obersten Gerichtshofs in Gegenständen des Civ. R. und Civ. Pr. Bd. I S. 27.

Schuld des Beschwerdeführers voraus. Eine Strafe kann deshalb gegen ihn nicht verhängt werden, wenn die Verwerfung wegen solcher Mängel des Verfahrens erfolgt, die nicht ihm, sondern andern Personen, dem Gerichtsvollzieher, Anwalt zur Last fallen.

Ist die Beschwerde gegen mehrere Puncte der angefochtenen Entscheidung gerichtet, aber nur in Bezug auf einzelne derselben unzulässig oder unbegründet, so muß sich selbstverständlich die Verwerfung hierauf beschränken. Wird aber auch die Beschwerde nur theilweise verworfen, so ist, Streitmuthwillen des Beschwerdeführers in diesem Punct vorausgesetzt, die Frivolitätsstrafe gegen ihn auszusprechen.

Es ist denkbar, daß die Beschwerde gegen einen und denselben Punct der Entscheidung auf eine Mehrzahl von selbständigen Nichtigkeitsgründen gestützt wird. Von diesen kann der eine als unzulässig, weil z. B. verspätet vorgebracht, der andere als materiell unbegründet, ein Dritter aber formell zulässig und materiell gerechtfertigt erscheinen, so daß die betreffende Entscheidung aufzuheben ist. In solchen Fällen darf eine Frivolitätsstrafe nicht verhängt werden.

Wird die Beschwerde als formell zulässig und materiell begründet erkannt, so ist, soweit dieses der Fall, die angefochtene Entscheidung mit allem, was davon abhängt oder damit in untrennbarem Zusammenhang steht, zu vernichten. Die Entscheidung im Kostenpunct wird meistens im Ganzen aufzuheben sein, wenn auch die Entscheidung in der Hauptsache nur zum Theil vernichtet wird. Es ist denkbar, daß die Entscheidung über einen und denselben Streitpunct nur theilweise eine Gesetzesverletzung enthält. In solchem Fall darf die Cassation nicht weiter ausgedehnt werden als die Verletzung reicht, soferne nicht der Causalnexus ein Anderes erheischt [4]).

Bezüglich der einzelnen Nichtigkeitsfälle ist das Folgende zu bemerken:

a) Im Falle des Artikel 788 Ziffer 1 vernichtet der Gerichtshof die zuletzt erlassene Entscheidung und verfügt, daß die frühere vollstreckt werde [5]).

b) Wird die angefochtene Entscheidung auf Grund des Artikel 788 Ziffer 2 deshalb vernichtet, weil der Gegenstand überhaupt nicht zur Entscheidung der Gerichte geeignet ist, so untersagt der Cassationshof zugleich die weitere Einmischung derselben [6]).

Wird die Entscheidung vernichtet, weil das entscheidende Gericht seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen hat, so verweist der Gerichtshof die Sache an das zuständige Gericht [7]).

Wird die Entscheidung vernichtet, weil das entscheidende Gericht sich mit Unrecht für unzuständig erklärt hat: so kann der

4) Abg. Ref. III, 78; R. Ref. II, 156—158; R. Prot. III, 51, 52; Abg. Prot. IV, 181.
5) Artikel 814 Pr. O.
6) Artikel 815 Absatz 1 Pr. O.
7) Artikel 815 Absatz 1 Pr. O.

Cassationshof die Zurückverweisung der Sache in der Art aussprechen, daß sie an dasselbe Gericht, nach Umständen aber auch daß sie an einen anderen Senat desselben Gerichts, dessen Entscheidung vernichtet ward, oder an ein anderes gleichstehendes Gericht geht [8]).

c) Wird die Entscheidung aus einem der in Artikel 788 Ziffer 3—6 bezeichneten Gründe vernichtet, so wird die Sache an das Gericht, welches die vernichtete Entscheidung erlassen hat, zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung, soweit eine solche geboten ist, zurückgewiesen [9]). Uebrigens kann der Cassationshof auch hier die Sache je nach den Umständen an einen anderen Senat des Gerichts, dessen Entscheidung vernichtet wurde, oder an ein anderes gleichstehendes Gericht verweisen [10]). Dem Cassationshof ist diese Befugniß deshalb gegeben, weil in den fraglichen Fällen zugleich eine Rechtsverletzung im Sinne der Ziffer 7 Artikel 788 vorliegen kann [11]).

d) Erfolgt die Vernichtung auf Grund des Artikel 788 Ziffer 7 (allein), so verweist der Gerichtshof die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache, insoferne und insoweit überhaupt eine solche noch stattzufinden hat [12]), an einen anderen Senat des Gerichts, dessen Entscheidung vernichtet wurde, oder an ein anderes gleichstehendes Gericht [13]).

In den unter Littera b in fine, Littera c und d erwähnten Fällen darf übrigens, *Handelssachen ausgenommen*, weder die Verweisung einer zur Zuständigkeit diesrheinischer Gerichte gehörigen Sache an ein pfälzisches, noch die Verweisung einer zu den pfälzischen Gerichten ressortirenden Sache an ein diesrheinisches Gericht stattfinden [14]).

Im Uebrigen finden auf die Entscheidung des Cassationshofs die materiellen Vorschriften des VII. Hauptstücks der Pr. O. entsprechende Anwendung [15]). Vgl. §. 234 u. ff.

II. Für die *Urtheilsfällung* des obersten Gerichtshofs gelten die bezüglichen Bestimmungen des alleg. VII. Hauptstücks über die Schöpfung, Verkündung und den Eintrag des Urtheils im Urtheilsbuch, dann über Ausfertigung und Läuteration des Urtheils [16]) *mit folgenden Modificationen*.

a) *Die vollständige Abfassung* des Urtheils muß bei vertagter Verkündung vor dieser, in anderen Fällen spätestens drei Tage nach derselben [17]), in der Regel durch den Berichterstatter, geschehen.

8) Artikel 815 Absatz 1 und 4 Pr. O.
9) Artikel 815 Absatz 2 Pr. O.
10) Artikel 815 Absatz 4 Pr. O.
11) Vgl. Abg. Prot. III, 127—128.
12) Eine solche hat z. B. in Fällen des Artikel 759 nicht stattzufinden.
13) Artikel 815 Absatz 3 Pr. O.
14) Artikel 133 Einf. Ges. z. Pr. O.
15) Artikel 819 Pr. O.
16) Artikel 819 Pr. O. Vgl. §§. 350 ff.
17) Artikel 816 Absatz 1 Pr. O. Conform mit Artikel 278 Absatz 1. Vgl. §. 353.

Blieb der letztere bei der Abstimmung in der Minderheit, so hat der Vorsitzende einen der Mehrheit angehörigen Richter mit der Abfassung zu betrauen; gehört der Vorsitzende der Majorität an, so kann er selbst die Abfassung übernehmen [18]).

Das vollständig abgefaßte Urtheil ist in einem Zusammentritt sämmtlicher Richter, welche dazu mitgewirkt haben, abzulesen und der Genehmigung zu unterstellen. Ist ein Richter hiebei zu erscheinen gehindert, so kann, wenn unter den übrigen betheiligten Richtern keine Meinungsverschiedenheit besteht, seine Zustimmung in geeigneter Weise erholt werden [19]). Von der correspondirenden Vorschrift des Artikel 278 Absatz 2 unterscheidet sich diese Bestimmung nur darin, daß sich die erstere lediglich auf die Entscheidungsgründe, die letztere auf das ganze Urtheil bezieht [20]).

Das vollständig abgefaßte, in dieser Abfassung in das Urtheilsbuch einzutragende Urtheil (Urtheilsurschrift) muß enthalten:

1) Die Bezeichnung des Gerichts, der Parteien, ihrer Vertreter und des Streitgegenstandes.
2) Den Urtheilssatz.
3) Eine gedrängte Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse, wie sie in dem angefochtenen Urtheil ꝛc. von dem Gericht als feststehendes Ergebniß der Verhandlungen und Beweise seiner Rechtsanwendung zu Grund gelegt sind, eine desgleichen Darstellung des Proceßgangs unter wörtlicher Anführung der von den Parteien gestellten (aus deren Schriftsätzen zu entnehmenden) Gesuche und des staatsanwaltschaftlichen Antrags, wie dieser mündlich gestellt worden ist. Sachverhalt. Von der Sachverhaltsdarstellung durch die Anwälte ist Umgang genommen, weil hier Anwaltslocalisirung nicht gilt und der Cassationshof in thatsächlicher Hinsicht (species facti) an die im angefochtenen Urtheil ꝛc. enthaltenen Feststellungen der Vorinstanzen gebunden ist [21]).
4) Die Entscheidungsgründe.
5) Den Tag der Urtheilsverkündung.
6) Die Namen der bei der Verkündung anwesenden Richter, des Staatsanwalts und des Gerichtsschreibers. Waren bei der Verkündung nicht alle Richter, welche zu dem Urtheil mitgewirkt haben, anwesend, so sind auch die Namen der Abwesenden und der Grund anzugeben, aus welchem sie zu erscheinen verhindert waren [22]).

b) Ist eine Entscheidung ganz oder zum Theile vernichtet worden, so hat der Gerichtsschreiber am obersten Gerichtshofe eine kostenfreie Ausfertigung (nicht blos Auszug) [23]) des Cassationsurtheils und zwar ohne Unterschied, ob die vollständige Urtheilsabfassung vor oder erst nach der Publication stattfand, binnen 15 Tagen nach der

18) R. Prot. III, 56—57.
19) Artikel 816 Absatz 2 und 3 Pr. O.
20) Vgl. R. Prot. III, 57.
21) R. Prot. III, 53.
22) Artikel 817 Pr. O.
23) Wie in den Fällen der Artikel 737 und 786.

Verkündung dem Gerichtsschreiber des Gerichts zu übersenden, welches die vernichtete Entscheidung erlassen hat. Diese Ausfertigung bleibt auf der Gerichtsschreiberei des betreffenden Gerichts hinterlegt. War die vernichtete Entscheidung ein im Urtheilsbuche eingetragenes Urtheil oder ein in Urschrift auf der Gerichtsschreiberei hinterlegtes Erkenntniß ꝛc.[24]), so hat der Gerichtsschreiber am Rande der betreffenden Urschrift von dem Cassationsurtheile Vormerkung zu machen und diese jeder späteren Ausfertigung oder Abschrift beizufügen. Hiebei finden die Bestimmungen des Artikel 737 analoge Anwendung[25]). Vgl. §. 431 Ziffer I.

## §. 446[1]).

I. Ist eine Entscheidung, sei es im Ganzen oder theilweise, sei es auf Grund der Ziffer 7 oder der Ziffern 2—6 des Artikel 788, sofern es sich in den letztbezeichneten Fällen zugleich um die Verletzung einer Rechtsregel handelt[2]), vom Cassationshofe vernichtet und die Sache an dasselbe Gericht oder an einen anderen Senat dieses Gerichts oder an ein anderes gleichstehendes Gericht zurückverwiesen worden: so muß, insoweit die Vernichtung reicht, nicht blos neuerliche Aburtheilung, sondern ihr vorgängig in allen Fällen auch neuerliche Verhandlung stattfinden.

Die Sache ist nämlich durch Cassation der Entscheidung in jene Lage zurückgebracht, in welcher sie sich vor Schluß derjenigen Verhandlung befand, auf welche die vernichtete Entscheidung ergieng. Die neue Verhandlung ist als eine Fortsetzung der früheren zu betrachten. Folgerecht sind die Parteien befugt, auch in thatsächlicher Hinsicht Alles dasjenige nachzutragen, was sie bei einer bloßen Vertagung der früheren Verhandlung hätten nachtragen dürfen. Insoweit freilich bei Beginn jener früheren Verhandlung bereits gewisse Rechte verwirkt waren, insoweit im Lauf derselben Geständnisse gemacht, Verzichte erklärt wurden, bleiben diese nach allgemeinen Bestimmungen aufrecht.

II. Bei der weiteren Aburtheilung ist das Gericht, an welches die Sache verwiesen wurde, an die im Urtheil des Cassationshofs festgestellte Rechtsansicht nicht gebunden[3]). Es gilt dies für alle Fälle[4]), also auch im Falle des Artikel 877 Ziffer 2. Wollte man übrigens in der letzterwähnten Beziehung annehmen, daß das Gericht an die Rechtsansicht des Cassationshofs gebunden sei: so würde, wenn gleichwohl dieses Gericht sich

24) In anderen Fällen d. h. wenn die vernichtete Entscheidung s. Zt. der Partei in Urschrift behändigt wurde, kann ebendeshalb eine solche Vormerkung vom Gerichtsschreiber nicht gemacht werden. Abg. Ref. III, 79.

25) Artikel 818 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 820 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 350—351; III, 79.
Abg. Prot. III, 67, 124, 128, 142; IV, 182, 195.
R. Ref. II, 258.
R. Prot. III, 61; IV, 78.

2) Abg. Prot. III, 128.

3) Argum. Artikel 820 Absatz 1 Pr. O.

4) Abg. Prot. III, 128.

dem nicht fügt, thatsächlich dasselbe Resultat sich ergeben, neuerliche Nichtigkeitsbeschwerde, neuerliches Urtheil des Cassationshofs.

1) Entspricht das Gericht, an welches die Sache verwiesen wurde, bei seiner Entscheidung der im Urtheil des obersten Gerichtshofs festgestellten Rechtsansicht, so kann aus demselben Grund keine neuerliche Nichtigkeitsbeschwerde von dem Gegner des früheren Cassationsklägers erhoben werden[5]). Aus anderen Gründen ist selbstverständlich weitere Cassationsbeschwerde in allen Fällen des Artikel 788 zuläßig. Diese erscheint dann als eine erste Nichtigkeitsbeschwerde, auf welche die Bestimmung der Absätze 2 und 3 des Artikel 820 keine Anwendung findet. Es ist denkbar, daß die Anfechtung der früher vernichteten Entscheidung aus mehreren selbständigen Nichtigkeitsgründen erfolgte, von welchen der Cassationshof nur einen stichhaltig, die übrigen als unzuläßig oder unbegründet erklärte. Wird eine solche Frage im neuerlichen Urtheil reproducirt, so wird sie auch wieder Gegenstand einer weiteren Cassationsbeschwerde sein können. Allerdings läßt sich sagen, in solchem Fall sei eine Beschwerde als gegen eine vom Cassationshof bereits abgeurtheilte Sache unzuläßig. Immerhin möchte zu bedenken sein, daß, wenn die frühere Vernichtung aus einem anderen Grund erfolgte, dasjenige, was im Uebrigen noch im Cassationsurtheil gesagt wird, kaum die Natur einer Entscheidung wird ansprechen dürfen. Praktisch hat die Frage gewiß wenig Werth.

2) Legt das Gericht der neuen Entscheidung nicht die vom obersten Gerichtshof festgestellte Rechtsansicht zu Grund, so ist neuerliche Nichtigkeitsbeschwerde zuläßig, über welche der oberste Gerichtshof in einer Plenarsitzung zu entscheiden hat[6]). Vorausgesetzt wird eadem quaestio in facto et jure. Andernfalls wäre zwar auch Cassationsbeschwerde zuläßig, diese aber nicht in einer Plenarsitzung zu erledigen.

Spricht das Plenarurtheil neuerdings die Vernichtung der angefochtenen Entscheidung aus, so entscheidet der oberste Gerichtshof zugleich über die Hauptsache. Macht diese Entscheidung jedoch weitere thatsächliche oder rechtliche Erörterungen nothwendig, so ist die Sache an ein anderes gleichgestelltes Gericht zu verweisen. Ein solcher Fall ist unter allen Umständen gegeben, wenn die Verhandlung vor dem obersten Gerichtshof nicht mit einem Definitiv-, sondern nur mit einem Zwischenurtheil schließen könnte. Würde übrigens die Verhandlung auch nur durch Erweiterung des thatsächlichen oder rechtlichen Materials weitaussehend u. s. w., so könnte der oberste Gerichtshof die Verweisung verfügen.

Das Gericht, an welches die Sache verwiesen wurde, ist bei seiner Entscheidung an die von dem obersten Gerichtshof festgestellte Rechtsansicht gebunden. Eine weitere Beschränkung jenes Gerichts findet nicht statt[7]). Ebendeshalb kann seine Entscheidung aus anderen Gründen als demjenigen, welcher

5) Artikel 820 Absatz 1 Pr. O.
6) Artikel 820 Absatz 2 Pr. O.
7) Artikel 820 Absatz 3 Pr. O.

das Plenarurtheil veranlaßte, wieder mit Cassationsbeschwerde angefochten werden. Solche Beschwerden haben die Natur gewöhnlicher d. h. erster Richtigkeitsbeschwerden.

## II. Hauptstück.

# Wiederaufnahme des Verfahrens.

## I. Capitel.

### Voraussetzungen der Wiederaufnahme.

### §. 447 [1]).

Das Rechtsmittel der Wiederaufnahme des Verfahrens (restitutio contra sententiam, requête civil) [2]) bezielt die Vereitelung der Rechtskraft des gesprochenen Urtheils, die Beseitigung der exceptio rei judicatae durch Wiederaufhebung dieses Urtheils, sodann die Wiederverhandlung der entschiedenen Sache mittels Wiederaufnahme des Verfahrens zum Zweck der Erwirkung einer neuen Entscheidung an Stelle der aufgehobenen.

I. Das Rechtsmittel der Wiederaufnahme findet nur statt gegen ein durch Urtheil geschlossenes Verfahren [3]).

Was unter Urtheil verstanden wird, ist früher gesagt. Hier ist nur von Urtheilen die Rede, durch welche das Verfahren definitiv geschlossen wird, d. i. von Endurtheilen, Urtheilen, welche der Rechtskraft fähig sind. Es gehören dahin außer den sg. jugements souverains alle appellablen oder diesen hinsichtlich der Berufung gleichgestellten Urtheile.

II. Wiederaufnahme ist nur zuläßig gegenüber einem durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahren [4]).

Als rechtskräftig sind die in Artikel 682 und 683 bezeichneten, sowie die sonst für selbständig appellabel erklärten Urtheile zu betrachten, wenn dagegen überhaupt oder zur Zeit kein ordentliches Rechtsmittel, also weder Einspruch noch Berufung mehr zuläßig ist [5]). Die Richtigkeitsbeschwerde ist kein ordentliches Rechtsmittel. Folglich ist Wiederaufnahme zuläßig,

---

1) Quellen zu Artikel 764 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 330.
Abg. Prot. III, 52. 109, 115—116, 137.
R. Prot. III, 29.
Quellen zu Artikel 761 sieh' bei §. 448.
Vgl. §§. 67.

2) Nicht zu verwechseln mit Incidentrestitution (§§. 380 ff., 396) und Wiederaufnahme eines unterbrochenen Verfahrens (§§. 368, 393).

3) Artikel 761 Pr. O. init.

4) Artikel 761 init. Pr. O.

5) Artikel 764 Pr. O.

auch wenn noch Cassationsbeschwerde eingelegt werden kann. Dagegen ist letztere unstatthaft, wenn durch Wiederaufnahme Abhilfe zu erlangen steht[6]). Die Nichtigkeitsbeschwerde ist das subsidiärste Rechtsmittel. Vgl. §. 440.

Welche Endurtheile der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegen, ist früher gesagt. Vgl. §§. 420 ff.

Bezüglich des Einspruchs ist daran zu erinnern, daß nicht gegen alle Versäumungsurtheile Einspruch Platz greift. Vgl. §. 383.

Gegen die auf Vorsichtsverfügungen bezüglichen Urtheile endlich ist Wiederaufnahme nur statthaft, wenn dagegen nicht blos Einspruch und Berufung überhaupt oder zur Zeit nicht mehr zulässig, sondern auch die Bestimmung des Artikel 635 Absatz 2 (Aufhebung des Urtheils durch das Prozeßgericht, bei dem die Sache noch anhängig) keine Anwendung mehr findet[7]).

Wo das Gesetz alle Rechtsmittel ausschließt, ist auch Wiederaufnahme nicht gestattet.

Gegen Urtheile des obersten Gerichtshofs als Cassationshof ist Wiederaufnahme gleichfalls unzulässig[8]).

III. Die Wiederaufnahme ist endlich nur gestattet, wenn das angefochtene Urtheil dem Restituenden nachtheilig ist, gleichviel ob in Folge einer von demselben bezw. für denselben vorgenommenen schädigenden oder in Folge Unterlassung einer für ihn vortheilhaften Proceßhandlung. Ist dies nur in Betreff eines Theils des Urtheils der Fall, so bleiben die übrigen Bestimmungen desselben in Kraft, soweit sie nicht von den aufgehobenen Puncten abhängig sind[9]).

## §. 448[1]).

Die Wiederaufnahme des Verfahrens findet nicht statt, wenn dem Restituenden nicht für die Vornahme der nachtheiligen oder Unterlassung der ihm vortheilhaften Handlung ein rechtlich anerkennbarer Entschuldigungsgrund (causa restituendi) zur Seite steht.

Der letzte Zweck jedes Rechtsstreits ist die definitive, feste Regelung eines zweifelhaften und bestrittenen Rechtsverhältnisses. Die Wiederaufnahme gegen rechtskräftige den Streit schließende Endurtheile kann daher

---

6) Abg. Prot. III, 52.

7) Artikel 764 Pr. O. Hat das Obergericht eine Vorsichtsverfügung erlassen oder auf ergriffene Berufung bestätigt, so kann der Unterrichter dieselbe wohl wegen veränderter Sachlage, nicht aber als ursprünglich unbegründet aufheben. Abg. Prot. III, 115—116.

8) Abg. Prot. III, 120. Im Abg. Aussch. wurde die Ansicht vertreten, daß die Wiederaufnahme selbst gegen Urtheile im Sinn des Artikel 820 Absatz 3 unstatthaft sei. Diese Ansicht scheint kaum haltbar, man darf nur an den Fall des Artikel 761 Ziffer 3 denken.

9) Argum. Artikel 716 Reg. Entw.

1) Quellen zu Artikel 761—763 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 328—331; III, 72.
Abg. Prot. III, 52—55, 109, 111—115, 137; IV, 177—178, 189, 342, 371.
R. Ref. I, 134—137; II, 237—238.
R. Prot. III, 26—29; IV, 75.

nur Ausnahme sein. Sie wird lediglich für folgende vier Kategorien von Fällen zugelassen [2]:

I. Wenn der Richter über unbestrittene und unbestreitbare Thatsachen geirrt hat oder, durch das Gesetz genöthigt, von gewissen Voraussetzungen ausgegangen ist, welche hinterher hinweggefallen sind.

1) Ist das Urtheil die Folge eines auf Versehen beruhenden thatsächlichen Irrthums des Richters, so wird die Wiederaufnahme zugelassen, wenn der Irrthum aus den Proceßschriften und Urkunden des Rechtsstreits selbst hervorgeht [3], mag im Uebrigen das Versehen auch von der Partei veranlaßt sein. Ein solcher Irrthum ist als vorhanden nur anzunehmen, wenn die Entscheidung sich auf die Annahme einer Thatsache gründet, deren Wahrheit in unbestreitbarer Weise ausgeschlossen ist, oder wenn eine Thatsache als nicht bestehend angenommen wurde, während die Wahrheit unzweifelhaft feststeht. Hiebei wird im einen wie im andern Falle noch vorausgesetzt, daß die fragliche Thatsache nicht einen unter den Parteien bestrittenen Punct bildete, über welchen im Urtheile Entscheidung getroffen ist [4].

Zur Gestattung der Wiederaufnahme in solchen Fällen hat das praktische Bedürfniß geführt. Die Nichtigkeitsbeschwerde setzt die Verletzung einer Rechtsregel voraus; die factische Unterlage der Rechtsanwendung darf der Cassationshof nicht untersuchen. Tritt in einem Falle das Mißkennen, Ignoriren oder Verschieben der thatsächlichen Verhältnisse noch so fract und offen hervor: die Beschwerde ist nach dem Gesetz unstatthaft. Gleichwohl ließ sie der französische Cassationshof im Interesse der Gerechtigkeit zu unter der Begründung wegen „erreur matérielle“.

Die bayr. Pr. O. erklärt gleich der italienischen solchen Irrthum ausdrücklich als Wiederaufnahmsgrund. Als einschlägige Fälle mögen beispielsweise erwähnt werden: das Gericht hat seiner Entscheidung ein anderes Datum zu Grunde gelegt, als der in den Acten enthaltene Todesschein trägt; der Richter hat eine wirklich gemachte Zustellung als nicht gemacht angenommen; es wurde eine Bestimmung als in einer Urkunde enthalten erklärt, die darin fehlt; ein anderer hieher gehöriger Fall ist in §. 438 Ziffer II, 6 erwähnt [5]).

2) Wiederaufnahme ist statthaft, wenn die Entscheidung auf einem Strafurtheil beruht, das selbst im Weg der Wiederaufnahme des Strafverfahrens wieder aufgehoben worden ist [6]). Vgl. Artikel 191 und 323 Pr. O. Dasselbe gilt:

II. Wenn das Urtheil zum Nachtheil eines Minderjährigen oder Entmündigten ergangen ist und dieser entweder im Proceß nicht nach Vorschrift

---

2) Abg. Ref. II, 329; Abg. Prot. III, 52—55, 111—115.

3) Artikel 761 Ziffer 1 Pr. O. Nicht aus andern Beweismitteln und Behelfen. Der Grund ist, weil die Acten nach gesetzlicher Vorschrift volle Beweiskraft haben. Abg. Prot. III, 115.

4) Artikel 762 Pr. O.

5) Abg. Prot. III, 114.

6) Artikel 761 Ziffer 3 Pr. O.

des Gesetzes vertreten war oder die gegen ihn ergangene Entscheidung auf einer Gefährde (absichtliche, wissentliche Handlung oder Unterlassung) oder solchen Handlung seines gesetzlichen Vertreters beruht, zu deren Vornahme diesem die Befugniß mangelte [7]). Restitutio ex capite minorennitatis.

Der Minderjährige ꝛc. war nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten, wenn ein Anderer als der gesetzliche Vertreter geladen wurde oder wenn der letztere ohne die erforderliche Ermächtigung gehandelt hat.

Besteht der Wiederaufnahmsgrund in einer Gefährde des gesetzlichen Vertreters, so ist nicht erforderlich, daß die That auch ein nach dem Strafgesetzbuch zu ahndendes Reat bildet; es genügt eine unredliche Handlungsweise [8]). Von der fast gleichen Bestimmung in Ziffer 6 unterscheidet sich jene der Ziffer 8 des Artikel 761 auch darin, daß die Feststellung der Handlung in einem rechtskräftigen Strafurtheil hier nicht nothwendig ist, mag sie selbst einen strafrechtlichen Charakter tragen [9]).

Soll der Wiederaufnahmsgrund in einer unbefugten Handlung des gesetzlichen Vertreters bestehen, so wird ein positives Handeln erfordert. Blose Vernachlässigungen, Unterlassungen, Versäumungen in Bezug auf die ganze Verhandlung oder einzelne Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismittel gehören nicht hieher [10]).

III. Wiederaufnahme ist zuläßig, wenn eine Partei entscheidende d. i. solche Beweis- oder Gegenbeweisurkunden, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würden, erst erlangt, neu aufgefunden oder zu ihrer Benutzung gebracht hat, nachdem das Urtheil bereits erlassen war, — vorausgesetzt, daß sie an deren rechtzeitigem Gebrauch ohne ihre Schuld verhindert erschien [11]).

Es ist hier nur von Urkunden, nicht von anderen neuaufgefundenen Beweismitteln ꝛc. die Rede [12]).

Die Worte „nach Erlassung des Urtheils" sind nicht correct. Der Sinn ist, die Urkunde müsse erst zu einer Zeit erlangt sein, wo sie für das betreffende Urtheil nicht mehr benutzt, m. a. W. in der diesem Urtheil unmittelbar vorhergehenden Verhandlung nicht vorgelegt werden konnte.

War die Partei hieran durch eigene Nachlässigkeit im zeitigen Aufsuchen und Herbeischaffen der Urkunde schuld, so findet die Wiederaufnahme nicht statt [13]). Ob eine Schuld bestehe, ist nach richterlichem Ermessen zu beurtheilen. Daß der rechtzeitige Gebrauch unmöglich war, weil die Urkunde der Partei zu spät kund oder zugänglich wurde, muß nach Maßgabe des Artikel 775 bescheinigt werden.

Uebrigens ist in den ebenbezeichneten Fällen die Wiederaufnahme nicht

---

7) Artikel 761 Ziffer 8 Pr. O. Juristischen Personen kömmt dieser Wiederaufnahmsgrund nicht zu Statten. Man hielt eine besondere Begünstigung derselben für unnöthig. R. Prot. III, 27. Unter den Entmündigten werden Personen verstanden, welche die Handlungsfähigkeit gänzlich verloren haben. Solche, welche nur fremder Ermächtigung oder Verbeiständung bedürfen, gehören nicht hieher.

8) Abg. Prot. III, 55.

9) Abg. Prot. III, 53 und 55.

10) Abg. Prot. III, 55.

11) Artikel 761 Ziffer 2 Pr. O.

12) Vgl. Motive z. Reg. Entw. S. 602.

13) Abg. Prot. III, 113.

ausgeschlossen, wenn das angefochtene Urtheil etwa darauf beruht, daß der Beweis durch Eidesleistung des Gegners erbracht wurde; auch ein vorgängiges Strafverfahren ist in solchem Fall nicht Vorbedingung [14]).

IV. Wiederaufnahme ist gestattet, wenn auf die Entstehung und den Inhalt des Urtheils durch eine strafrechtlich verpönte Handlung — Bestechung, Betrug, Fälschung, Meineid ꝛc. — eingewirkt worden ist und hierüber voller, in der Regel nur durch rechtskräftige strafgerichtliche Verurtheilung herstellbarer Beweis vorliegt. Die einzelnen in diese Kategorie gehörigen Fälle sind folgende:

1) Wenn das Urtheil auf einen geleisteten Parteieid gegründet ist, die schwörende Partei sich dabei eines Meineides schuldig gemacht hat [15]) und diese Handlung durch ein rechtskräftiges, in- oder ausländisches Strafurtheil [16]) festgestellt worden ist [17]). Ist eine Verurtheilung nicht erfolgt, gleichviel ob aus subjectiven (Unzurechnungsfähigkeit, Tod ꝛc.) oder aus anderen Gründen (Zeitablauf, Mangel des Beweises ꝛc.), so ist Wiederaufnahme ausgeschlossen.

2) Wenn das Urtheil auf einer falschen Urkunde oder auf einem absichtlich falsch abgegebenen, eidlichen oder nichteidlichen Zeugniß oder Gutachten beruht [18]) und die dabei unterlaufene strafbare Handlung durch ein rechtskräftiges Strafurtheil der vorbezeichneten Art festgestellt worden ist [19]).

Der Ausdruck „falsche Urkunde" ist in dem weiteren Sinne gebraucht, in welchem er auch die gefälschte Urkunde begreift (fälschliche Anfertigung einer Urkunde, fälschliche Alterirung einer echt und richtig angefertigten Urkunde, wissentliche Aufnahme von Unwahrheiten in eine formell richtige Urkunde) [20]).

3) Wenn das Urtheil durch eine nach dem Strafgesetzbuch [21]) zu ahndende unredliche [22]) Handlung [23]) von Seite des eigenen Gewalthabers, Bevollmächtigten oder gesetzlichen Vertreters [24]) der benachtheiligten Partei im Einverständnisse mit der Gegenpartei, — oder von Seiten der Gegenpartei selbst oder ihres Gewalthabers oder gesetzlichen Vertreters [25]) erwirkt d. h. so wie erlassen bestimmt worden ist [26]), in jedem Falle vorausgesetzt, daß diese Handlung durch ein rechtskräftiges Strafurtheil der vorbezeichneten Art festgestellt wurde, oder daß wegen derselben aus anderen Gründen als mangelnden

14) Abg. Prot. III, 53.
15) Artikel 761 Ziffer 4 Pr. O.
16) Ein bloser Wahrspruch der Geschwornen genügt nicht.
17) Artikel 763 Absatz 1 Pr. O.
18) Artikel 761 Ziffer 5 Pr. O.
19) Artikel 763 Absatz 1 Pr. O.
20) Abg. Prot. III, 53.
21) Nicht blose Disciplinarreate.
22) Nicht gerade Betrugshandlung im technischen Sinn. Abg. Prot. III, 111, 113—114.
23) Hieher gehört auch der falsch geleistete Offenbarungs- oder Schätzungseid, worauf die Strafe des Betrugs steht. (Artikel 195 Str. G. B.) Vgl. Abg. Ref. II, 330.
24) Abg. Prot. III, 111, 113—114.
25) Hier auch ohne Einverständniß mit dem Gewalthaber der benachtheiligten Partei.
26) Artikel 761 Ziffer 6 Pr. O.

Beweises halber kein Strafverfahren eingeleitet werden oder eine Verurtheilung nicht erfolgen kann [27]), z. B. weil Verjährung, Todesfall eingetreten ist oder der Beschuldigte unzurechnungsfähig war, oder Strafantrag unterblieb ꝛc. Der Restituend hat in Fällen solcher Art die als Wiederaufnahmsgrund dienende Handlung nach den gewöhnlichen Vorschriften des Civilprocesses zu erproben [28]).

4) Wenn das Urtheil von einem Richter oder unter Mitwirkung eines Richters erlassen ist, welcher sich in dem Rechtsstreit einer nach dem Strafgesetzbuch (Hauptstück XXIV) zu ahndenden Verletzung seiner Amtspflichten zum Nachtheil der die Wiederaufnahme nachsuchenden Partei schuldig gemacht hat [29]), — vorausgesetzt, daß diese Handlung durch ein rechtskräftiges Strafurtheil festgestellt worden ist, oder daß aus anderen Gründen als wegen mangelnden Beweises das Strafverfahren nicht eingeleitet werden oder eine Verurtheilung nicht erfolgen kann [30]).

Uebrigens gehört hieher nur jene Verletzung der Amtspflicht, welche zugleich mit Nachtheilen für die Partei verbunden war. Dies würde z. B. bei Verletzung der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit nicht der Fall sein [31]).

Der Regierungsentwurf enthielt noch weitere Wiederaufnahmsgründe, so wenn im Urtheil Nichtbegehrtes oder mehr als begehrt zuerkannt ist, wenn das Urtheil gegen eine in der nämlichen Sache ergangene Sentenz verstößt, — desgleichen wenn im Urtheil ein Streitpunct übergangen oder über den Ersatz der Proceßkosten nicht gesprochen ist, oder wenn das Urtheil einen Widerspruch, eine Zweideutigkeit oder Dunkelheit in seinen Verfügungen enthält. Alle diese Fälle der Wiederaufnahme wurden gestrichen, die ersteren als Nichtigkeitsfälle, die letzteren als durch Artikel 283 in anderer Weise gedeckt, insbesondere auch durch die sg. Interpretationsklage, wovon früher gesprochen ist [32]).

## §. 449.

Die Wiederaufnahmsklage setzt eine hiezu berechtigte bezw. noch berechtigte Partei voraus. Berechtigt erscheinen

I. die bisherigen Proceßparteien, vorausgesetzt, daß sie sich ihres Rechtes nicht begeben haben. Die Wiederaufnahme ist hienach ausgeschlossen:

a) Wenn die betreffende Partei, nachdem die Frist zur Einführung des Wiederaufnahmsverlangens (Artikel 770—771) bereits zu laufen be-

---

27) Artikel 763 Absatz 2 Pr. O.
28) Abg. Prot. III, 54, 111.
29) Artikel 761 Ziffer 7 Pr. O.
30) Artikel 763 Ziffer 2 Pr. O.
31) Abg. Ref. II, 330.
32) Abg. Ref. II, 329; Abg. Prot. II, 52.
In Artikel 283 ist am Schlusse gesetzt „innerhalb 30 Tagen" statt „innerhalb der Berufungsfrist", weil manche der Läuteration bedürftige Urtheile inappellabel sein können. Uebrigens kann der Läuterationsantrag auch vor Beginn des Laufs der betreffenden Frist gestellt werden. Abg. Prot. III, 52—53.

gonnen hatte, dem Urtheile ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen sich unterworfen hat[1]).

Von einer solchen Unterwerfung kann nur die Rede sein, wenn der Restituend oder sein bei dem betreffenden Vorgang nicht betheiligter gesetzlicher Vertreter von der Existenz des Wiederaufnahmsgrundes zu der Zeit bereits Kenntniß hatte[2]), zu welcher er seine Unterwerfung erklärte oder durch concludente Handlungen zu erkennen gab.

b) Wenn der Gesuchsteller in der Lage war, den Wiederaufnahmsgrund im Wege eines ordentlichen Rechtsmittels zu verwerthen d. h. durch Einspruch oder Berufung Abhilfe erlangen zu können und davon keinen bezw. rechtzeitigen Gebrauch nicht gemacht hat[3]).

Diese Möglichkeit setzt voraus, einmal daß zu der Zeit, wo die Frist für die Wiederaufnahme begonnen hat, auch noch Berufung oder Einspruch bezw. beide eingelegt werden können und daß der die Wiederaufnahme begründende Umstand ein solcher ist, welcher an sich im Wege des Einspruchs oder der Berufung nachgetragen werden darf. Andernfalls wären Einspruch oder Berufung für Abhilfe nicht geeignet gewesen.

c) Das Wiederaufnahmsverlangen muß bei Meidung des Ausschlusses innerhalb einer Frist von 60 Tagen[4]) der Gegenpartei zugestellt werden[5]). Diese Frist läuft:

1) In den Fällen des Artikel 761 Ziffer 1 von dem Tage, an welchem die Zustellung des beschwerenden Urtheils erfolgt ist[6]).

2) In den Fällen des Artikel 761 Ziffer 2 von dem Tage, an welchem der Gesuchsteller die neue Beweisurkunde erlangt hat[7]).

3) In den Fällen des Artikel 761 Ziffer 3 von dem Tage, an welchem der Gesuchsteller von der Aufhebung des Strafurtheils auf irgend eine Weise sichere Kenntniß erlangt hat[8]).

---

1) Artikel 766 i. f. Vgl. Artikel 695 und 795 und das hierüber in der Lehre von der Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde Bemerkte.
Quellen zu Artikel 766 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 331; III, 73.
Abg. Prot. III, 55, 109, 116, 137; IV, 178, 190.
R. Ref. I, 137; II, 238.
R. Prot. III, 30; IV, 75.

2) Abg. Prot. III, 116.

3) Artikel 766 init.

4) Quellen zu Artikel 770 und 771 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 332—333; III, 73—74.
Abg. Prot. III, 56-57, 109—110, 117—118, 138; IV, 180, 190, 342, 371.
R. Ref. I, 140—142; II, 239—243.
R. Prot. III, 31—35, 41; IV, 75—77.
Quellen zu Artikel 773, 774 und 775 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 333—334; III, 74, 75.
Abg. Prot. III, 58, 110, 117—119, 138; IV, 180, 190, 191, 342, 371.
R. Ref. I, 142—144; II, 243—244.
R. Prot. III, 35—36, 41; IV, 77.

5) Artikel 770 Absatz 1 Pr. O.

6) Artikel 770 Ziffer 1 Pr. O.

7) Artikel 770 Ziffer 2.

8) Artikel 770 Ziffer 3.

4) In den Fällen des Artikel 761 Ziffer 4 und 5 von dem Tage, an welchem der Gesuchsteller von dem Eintritt der Rechtskraft des Strafurtheils auf irgend eine Weise sichere Kenntniß erlangt hat [9]). Nachlässigkeit im Einziehen genauer Erkundigung, wenn Restituend überhaupt von der Thatsache der Aburtheilung Wissen hat, schließt die Wiederaufnahme aus.

5) In den Fällen des Artikel 761 Ziffer 6 und 7 gleichfalls von dem Tage, an welchem der Gesuchsteller von dem rechtskräftigen Strafurtheile Kenntniß erlangt hat.

Wurde ein Strafverfahren gar nicht eingeleitet, so läuft die Frist von dem Tage, an welchem der Gesuchsteller von der strafbaren Handlung selbst Kenntniß erhielt. In allen Fällen, in welchen zweifelhaft ist, ob eine Untersuchung eingeleitet werden kann, hat hienach der Restituend sein Gesuch in der vorbezeichneten Frist anzubringen. Unterläßt er dies und es wird hinterher Untersuchung nicht eingeleitet, so ist er seines Restitutionsrechtes verlustig. Wird nach angebrachtem Gesuche die Untersuchung wirklich eingeleitet, so ist der Civilproceß zu vertagen bezw. zu suspendiren [10]).

Hatte das eingeleitete Strafverfahren aus einem anderen Grunde als mangelnden Beweises halber keine Verurtheilung zur Folge, so läuft die Frist von dem Tage, an welchem der Gesuchsteller Kenntniß davon erlangt hat, daß das Verfahren rechtskräftig eingestellt oder der Angeschuldigte rechtskräftig freigesprochen worden ist [11]).

6) In den Fällen des Artikel 761 Ziffer 8 läuft die Frist von dem Tage, an welchem ein bei dem betreffenden Vorgang nicht betheiligter gesetzlicher Vertreter der Partei, oder an welchem nach eingetretener rechtlicher Handlungsfähigkeit der Partei diese selbst von dem Wiederaufnahmsgrund Kenntniß erhalten hat, falls sie aber diese Kenntniß schon vor erlangter Handlungsfähigkeit hatte, von dem Tage der erlangten Großjährigkeit oder der Aufhebung der Entmündigung [12]).

Stirbt der Minderjährige ꝛc. vor erlangter Handlungsfähigkeit, so beginnt die Frist für seine Erben von der Zeit, wo sie Kenntniß erhalten haben, jedenfalls nicht früher als vom Eintritte des Todes des Erstgenannten.

In keinem Falle, auch wenn der Restitutionsgrund schon früher hervorgetreten sein sollte, ist die bezeichnete sechzigtägige Frist als abgelaufen zu betrachten, solange nicht das beschwerende Urtheil zugestellt ist und seit der Zustellung sechzig Tage verstrichen sind [13]). Die Frist ist in jedem Falle eine Nothfrist, unterliegt aber bei gegebenen Voraussetzungen der Erweiterung nach Artikel 209 [14]).

---

9) Artikel 770 Ziffer 4.
10) Abg. Ref. III, 74.
11) Artikel 770 Ziffer 4 Pr. O. mit Artikel 771. Vgl. Abg. Prot. III, 57.
12) Artikel 770 Ziffer 5 Pr. O.
13) Artikel 770 Absatz 3 Pr. O.
14) Vgl. Abg. Ref. II, 333.

Nach Ablauf von zehn Jahren von dem Tage, an welchem das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat, findet, auch wenn der Wiederaufnahmsgrund erst jetzt hervortritt oder so kurz zuvor eintrat, daß die sechzigtägige Frist noch im Laufe, ein Wiederaufnahmsverlangen nicht mehr statt. In den Fällen des Artikel 761 Ziffer 8 beginnt die zehnjährige Frist mit dem Tage, an welchem die Minderjährigkeit oder Entmündigung ihr Ende erreicht hat[15]). Sie ist gleichfalls eine Nothfrist und als solche unerstrecklich, doch nach Artikel 209 erweiterbar.

Die Rechtzeitigkeit seines Verlangens hat der Gesuchsteller erforderlichen Falls zu bescheinigen. Als Bescheinigung dient auch dessen eidliche Versicherung, falls nicht sein Vorbringen nach richterlichem Ermessen als unglaubwürdig sich darstellt[16]). Wer Wiederaufnahme nachsucht, ist nämlich im Allgemeinen verpflichtet, das Vorhandensein der Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit nachzuweisen. Das Gericht hat diese von Amtswegen zu prüfen d. h. zu verneinen, wenn die Verspätung des Gesuchs aus dem eigenen Vorbringen des Gesuchstellers hervorgeht oder, falls die Rechtzeitigkeit bestritten wird, der Beweis hiefür mißlingt. Statt voller Probe genügt Wahrscheinlichkeit. Doch muß die Bescheinigung in instanti d. h. mit solchen Probmitteln erbracht sein, deren Erhebung Weitwendigkeiten nicht veranlaßt[17]).

d) Die Frage, ob das Wiederaufnahmsverlangen gegen dasselbe Urtheil wiederholt werden dürfe, ist nicht zu verwechseln mit der anderen, ob gegen das eine Wiederaufnahmsklage verbescheidende Urtheil gleichfalls Wiederaufnahmsklage statthaft sei.

Da die Wiederaufnahmsprocedur einen selbständigen Rechtsstreit bildet, so finden gegen die im Wiederaufnahmsverfahren ergangenen Entscheidungen in Bezug auf die Zulässigkeit von Einspruch und Rechtsmitteln die allgemeinen Bestimmungen Anwendung[18]). Dies gilt folgerichtig auch von dem Rechtsmittel der Wiederaufnahme, wenn die neue Entscheidung oder das ihr zu Grund liegende Verfahren oder ein beiden nachgängig hervortretender Umstand hiezu Veranlassung gibt[19]). Wurde in einem Separaturtheil über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme bejahend oder verneinend erkannt, so liegt eine Präjudicialsache nach Artikel 190 vor und ist gegen das bezügliche Urtheil selbständige Berufung statthaft[20]). Wurde das Wiederaufnahmsgesuch bei einem Obergerichte als solchem angebracht (welches auch ein Bezirksgericht sein kann),

15) Artikel 773 Pr. O.
15) Artikel 775 Pr. O.
17) Abg. Ref. II, 334; Abg. Prot. III, 58.
18) Artikel 787 Pr. O. Quellen hiezu:
Abg. Ref. II, 338; III, 75.
Abg. Prot. III, 60—61, 111, 121, 139; IV, 180, 191.
R. Ref. II, 245—246.
R. Prot. III, 37—38; IV, 77.
19) Abg. Prot. III, 60—61.
20) Abg. Prot. III, 120—121.

so ist Berufung gegen das Urtheil nicht zulässig [21]. Für die Einlegung der Rechtsmittel gegen Entscheidungen in Wiederaufnahmssachen sowie das darauf weiter einzuhaltende Verfahren sind die einschlägigen Vorschriften über das je treffende Rechtsmittel maßgebend [22].

Bei Beantwortung der Frage, ob das Wiederaufnahmsverlangen gegen dasselbe Urtheil wiederholt werden dürfe, sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1) Im Laufe eines anhängig gemachten Wiederaufnahmsprocesses können weitere, bei Einführung des Rechtsmittels nicht mit geltend gemachte, Gründe der Wiederaufnahme nur insofern nachgetragen werden, als zur Zeit der nachträglichen Geltendmachung die Einführungsfrist für die ursprünglich geltend gemachten Gründe sich noch im Laufe befindet [23]. Ist dies nicht der Fall, so können solche später attendirte Wiederaufnahmsgründe nicht in dem bereits anhängigen Verfahren verhandelt werden. Ein selbständiges Wiederaufnahmsverfahren ist in Ansehung derselben nicht ausgeschlossen [24]. Auch versteht sich von selbst, daß die ursprüngliche Verbindung mehrerer Wiederaufnahmsgründe in derselben Klage zulässig ist.

2) Nach Schluß des Wiederaufnahmsprocesses ist eine neue Wiederaufnahmsklage auf dieselben Gründe hin nicht mehr statthaft. **Exceptio rei jud.**

Auf neue Gründe kann, wenn in Betreff derselben die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, weitere Wiederaufnahmsklage gegen dasselbe Urtheil erhoben werden [25].

II. Auch anderen Personen als den bisherigen Proceßparteien d. h. Dritten steht unter gewissen Voraussetzungen die Wiederaufnahmsklage zu. Man hat zwei Fälle zu unterscheiden:

1) Den Fall, wenn die Wirkung des Urtheils sich gemäß Artikel 294 [26] gegen den Dritten erstreckt.

Hier steht dem Dritten die Wiederaufnahme unter den gleichen Voraussetzungen wie den Parteien selbst zu. d. h. dann, wenn der Gesuchsteller durch das Urtheil in seinen Rechten benachtheiligt [27], überdies aber einer der in Artikel 761 bezeichneten Gründe für ihn vorhanden ist [28] und er sich seines Rechtes nicht begeben hat.

Letzteres wäre der Fall, wenn der Dritte entweder, nachdem für ihn die Frist zur Einführung des Wiederaufnahmsverlangens

---

21) R. Prot. III, 37, 38.
22) Abg. Prot. III, 120.
23) Artikel 781 Pr. O. Quellen hiezu:
Abg. Ref. II, 336.
Abg. Prot. III, 59, 110, 120, 121, 138.
R. Prot. III, 36.
24) Abg. Prot. III, 120.
25) Abg. Prot. III, 60—61.
26) Abg. Prot. III, 116.
27) Abg. Prot. ibid.
28) Artikel 765 Absatz 1 Pr. O. Abg. Prot. III, 55—56.
Quellen zu Artikel 765 Pr. O.:

begonnen, sich dem Urtheil ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen unterworfen[29]), — oder durch Einspruch oder Berufung (Intervention) hätte Abhilfe erlangen können, hievon aber keinen Gebrauch gemacht[30]), — oder die Frist für die Wiederaufnahme versäumt hätte. In Ansehung dieser Frist kommen für den Dritten die unter Ziffer I Littera c dargestellten Grundsätze (Artikel 770, 771, 773, 775) zur Anwendung[31]). Die Fristen des Artikel 770 laufen für ihn von der Zeit, wo er Kenntniß erhielt u. s. w. und das Urtheil der Proceßpartei zugestellt war.

Die unter Ziffer I Littera d erläuterten Vorschriften finden hieher gleichfalls Anwendung.

2) Erstreckt sich die Wirkung des Urtheils nicht gegen den Dritten, so steht ihm für die Regel auch Wiederaufnahme nicht zu. Er hat sie nicht nöthig, da er sich durch die exceptio rei inter alios judicatae schützen kann.

Ausnahmsweise können jedoch Gläubiger der unterlegenen Partei, sowie Personen, welche vor Beendigung des Rechtsstreits über eine bewegliche Sache an dieser Rechte erworben haben (Singularsuccessoren), ohne daß des Urtheils Wirkung sich gegen sie erstreckt (gemäß dem einschlägigen Civilrecht)[32]), die Wiederaufnahme verlangen, wenn zu ihrem Nachtheil eine Gefährde[33]) zwischen den Parteien stattgefunden hat[34]), z. B. fingirte Ansprüche vor Gericht ausdrücklich oder in contumac. eingeräumt wurden. Neben dieser Voraussetzung braucht nicht auch ein Wiederaufnahmsgrund im Sinne des Artikel 761 gegeben zu sein. Das Wiederaufnahmsverlangen ist überdies an keine Frist gebunden[35]), selbst nicht an die zehnjährige des Artikel 773[36]). Doch ist es ausgeschlossen, wenn der Gesuchsteller nach erlangter Kenntniß von der ihn benachtheiligenden Gefährde sich dem Urtheil ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen unterworfen hat[37]). Auch die unter Ziffer I, d dargestellten Grundsätze finden hieher Anwendung.

Dem Dritten, insbesondere dem Gläubiger soll hiedurch gegen rechtskräftige Urtheile, welche factisch zu seinem Nachtheil gereichen, ein ganz ähnlicher Schutz gewährt werden, wie ihn das Civilrecht in Ansehung von Verträgen gibt, die zur Benachtheiligung der Gläu-

---

Abg. Ref. II, 331—332; III, 72—73.
Abg. Prot. III, 55—56, 109, 116, 117—118, 137; IV, 178, 190.
R. Ref. II, 238.
R. Prot. III, 29, 40—41; IV, 75.

29) Artikel 766 Pr. O. Vgl. Ziffer I, a.
30) Artikel 766. Vgl. Ziffer I, b.
31) Artikel 772, 773, 775 Pr. O.
32) Vgl. Artikel 294.
33) Eine absichtliche, aber nicht nothwendig strafbare Handlung. Ist ein strafrechtliches Reat gegeben, so wird doch die Feststellung durch rechtskräftiges Strafurtheil nicht erfordert.
34) Artikel 765 Absatz 2 Pr. O.
35) Artikel 774 Satz 1 Pr. O.
36) Artikel 773 init.
37) Artikel 774 Pr. O.

biger unter Dritten geschlossen wurden (actio Pauliana). Mit der Wiederaufnahmsklage ist die Klage in der Sache selbst auf Aenderung bezw. Ersetzung des früheren Urtheils zu verbinden [38]).

3) In jenen Fällen, in welchen Dritte erst nach Erhebung des Streits ein Recht an der streitigen Sache von einer der Parteien erworben haben (Singularsuccessoren), müssen die Successoren das Urtheil in der Regel gegen sich gelten lassen. Artikel 294. Folgerecht sind auf die Wiederaufnahmsklage eines solchen an und für sich die unter Ziffer II, 1 dargestellten Grundsätze anwendbar.

Gleichwohl gibt ihnen das Gesetz, wenn zu deren Nachtheil eine Gefährde zwischen den Parteien gespielt wurde, zugleich die Wiederaufnahmsklage unter den leichteren Voraussetzungen, wie sie unter Ziffer II, 2 dargestellt sind. Argum. voce „Außerdem" in Artikel 765 Absatz 2. Sie sollen nämlich nicht schlechter gestellt sein, als ein Gläubiger, da es Fälle geben kann, in welchen gegen sie von den Parteien ein Betrug gespielt wird [39]).

## II. Capitel.

## Verfahren.

### §. 450.

I. Die Wiederaufnahme ist kein devolutives Rechtsmittel, daher bei dem Gericht nachzusuchen, welches das angefochtene Urtheil erlassen hat [2]). Dieses kann auch ein Berufungsgericht sein, dann nämlich, wenn ein unterrichterliches Urtheil auf eingelegte Appellation bestätigt (au fond) oder geändert wurde [3]).

Geht das Wiederaufnahmsverlangen gegen Entscheidungen verschiedener

38) Abg. Prot. III, 55—56.
39) Abg. Prot. III, 116.
1) Quellen zu Artikel 767, 768, 769 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 334—335; III, 73.
Abg. Prot. III, 58—59, 109, 116, 137; IV, 178—180, 190.
R. Ref. I, 120, 138—140; II, 238—239.
R. Prot. III, 30—31; IV, 75.
Quellen zu Artikel 777, 778, 779, 780 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 335—337; III, 75.
Abg. Prot. III, 59—60, 110, 119—120, 138; IV, 180, 191.
Abg. Ref. II, 244.
R. Prot. III, 36, 41; IV, 77.
Quellen zu Artikel 782, 783, 784, 785, 786 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 335—338; III, 75.
Abg. Prot. III, 59—61, 110—111, 120—121, 138—139; IV, 180, 191, 342, 371.
R. Ref. I, 144—147; II, 245.
R. Prot. III, 36—37; IV, 77.
2) Artikel 767 Absatz 1 Pr. O.
3) R. Ref. I, 139.

Instanzen[4]), z. B. wenn dieselbe Rechtssache zum Theil in I$^a$, zum Theil in II$^a$ rechtskräftig erledigt wurde, so ist das Berufungsgericht allein zuständig[5]). Der legislatorische Grund ist, weil der Appellproceß nur eine zweite Erstinstanzverhandlung bildet; auch wollte die Möglichkeit ausgeschlossen werden, daß beim Untergerichte darüber entschieden wird, ob nicht beim Obergericht eine Nullität vorgekommen, z. B. ein Minderjähriger in Bezug auf seine gesetzliche Vertretung verkürzt worden sei[6]).

Ueber ein beim Obergericht angebrachtes Gesuch entscheidet dieses Gericht in erster und einziger Instanz[7]).

Ueber die Wiederaufnahme kann durch die nämlichen Richter erkannt werden; doch ist im Falle des Artikel 761 Ziffer 7 der betheiligte Richter ausgeschlossen[8]).

Wenn das zur Entscheidung über die Wiederaufnahme zuständige Gericht nicht mehr besteht, was im Falle des Artikel 773 vorkommen kann, so hat der oberste Gerichtshof[9]) auf ein mittels einfacher Vorstellung angebrachtes Gesuch ein anderes Gericht zu bestimmen[10]).

II. Für die Erhebung des Wiederaufnahmsverlangens ist zu unterscheiden, ob bei dem zuständigen Gericht die Hauptstreitsache noch anhängig ist oder nicht.

Im ersteren Falle ist das Wiederaufnahmsverlangen in der für Zwischenstreite bestimmten Form, im Anwaltsproceß nach Artikel 483, im Parteiproceß nach Artikel 510 anzubringen. Hieher gehört auch der Fall, wenn das Gesuch zugleich gegen Urtheile erster und zweiter Instanz zu richten und die Sache in II. Instanz noch anhängig ist. Nicht hieher gehört dagegen der Fall, wenn nicht dieselbe Sache, in welcher das anzufechtende Urtheil ergieng, sondern eine andere, sei es auch damit zusammenhängende und zwischen denselben Parteien schwebende noch anhängig ist.

Im letzteren Falle muß das Wiederaufnahmsverlangen mittels Klage, im Anwaltsproceß durch Schriftsatz, im Parteiprocesse durch Gerichtsvollzieheract eingeführt werden[11]).

Im einen wie im anderen Falle muß der Antrag (Artikel 483, 510) neben den allgemeinen Erfordernissen enthalten:

1) die Bezeichnung des Grundes, aus welchem die Wiederaufnahme verlangt wird (vgl. Artikel 781);
2) die Angabe der Thatsachen, wodurch die Rechtzeitigkeit des Wiederaufnahmsverlangens bedingt ist;
3) ein bestimmtes Gesuch, welches auf die Zulassung der Wiederaufnahme, die Aufhebung des angefochtenen Urtheils mit genauer Angabe des Umfangs dieser Aufhebung und die Erlassung eines neuen Urtheils an Stelle des aufgehobenen mit präciser Bezeichnung des hiefür erbetenen Inhalts zu richten ist.

---

4) Der Cassationshof ist keine Instanz.
5) Artikel 767 Absatz 2 Pr. O.
6) Abg. Prot. IV, 179.
7) R. Prot. III, 37—38.
8) Artikel 768 Pr. O.
9) In Handelssachen das Bundesoberhandelsgericht. Vgl. Anm. 1 zu den §§. 433 u. 438. Indessen läßt sich bezweifeln, ob dies die Absicht der betreffenden Gesetze war.
10) Artikel 769 Pr. O.
11) Artikel 776 Absatz 1 Pr. O.

Wird das Gesuch nach Artikel 510 mündlich angebracht, so muß der Vortrag diesen Erfordernissen genügen.

III. Die Erhebung des Wiederaufnahmsverlangens hat unter Umständen Suspensiveffect, immer aber gewisse Wirkungen, welche denen des sg. Devolutiveffects der ordentlichen Rechtsmittel ähnlich sind.

1) Der Urtheilsvollzug wie dessen zwangsweise Vollstreckung wird in der Regel durch das Wiederaufnahmsverlangen nicht gehemmt. Ausnahmsweise tritt in zwei Fällen Suspensiveffect ein.

Kraft Gesetzes wird der Urtheilsvollzug gehemmt, wenn durch die Wiederaufnahme eine Eidesleistung verhindert werden soll [12]).

Bei vorhandener Gefahr eines nicht oder nur schwer zu ersetzenden Schadens kann das Gericht auf Antrag verfügen, daß gegen Sicherheitsleistung des Schuldners mit der Vollstreckung eingehalten werde, oder daß die Fortsetzung der Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung des Gläubigers stattfinde. Der von der einen oder andern Partei beabsichtigte Antrag kann vor oder bei der Verhandlung über das Wiederaufnahmsverlangen gestellt werden. Erstenfalls ist im Anwaltsprocesse nach Artikel 483 ff., wenn nöthig in Verbindung mit Artikel 259 ff., im Parteiproceß nach Artikel 510 Absatz 1 zu verfahren, wenn erforderlich mit zu Hülfenahme von Abkürzung der Ladungsfrist ꝛc. nach Artikel 500, 502, 503. Gegen die Verfügung finden in keinem Falle Rechtsmittel statt [13]).

2) Die Streitsache erwächst an das anzugehende bezw. angegangene Gericht, insoweit das mit dem Wiederaufnahmsverlangen angefochtene Urtheil resp. die hierin erledigten Streitpuncte von dem Wiederaufnahmsgrund berührt werden.

Innerhalb dieser Gränze hat sich bei der neuerlichen Verhandlung das Vorbringen beider Theile zu bewegen.

Der Wiederaufnahmsbeklagte darf übrigens hiebei nicht blos vom gesammten bisherigen Streitmaterial, sondern auch von Thatsachen, Beweisen und Vertheidigungsmitteln Gebrauch machen, welche im früheren Verfahren ausgeschlossen oder nicht vorgebracht wurden [14]). Verzichte, welche das Rechtsverhältniß selbst ändern (civilrechtlicher Natur), z. B. der Verzicht auf die Einrede der Verjährung, Vorausklagung ꝛc. können nicht zurückgenommen werden [15]).

Der Wiederaufnahmskläger ist, von dem Falle abgesehen, wo der Wiederaufnahmsgrund das ganze frühere Verfahren in Frage stellt (vgl. Artikel 761 Ziffer 8), nicht in so günstiger Lage. Er darf neue Thatsachen, Angriffs-, Vertheidigungs- oder Beweismittel, welche im früheren Verfahren ausgeschlossen oder nicht vorgebracht wurden, nicht mehr geltend machen, es sei ihm denn hiezu durch Einreden und Beweise oder Gegenbeweise des Wiederaufnahmsbeklagten erst neue Veranlassung gegeben.

---

12) Artikel 777 Absatz 1 Pr. O.

13) Artikel 777 Absatz 2 Pr. O.

14) Artikel 778 Pr. O. Vgl. Abg. Ref. II, 337; Abg. Prot. III, 59—60. Vgl. Artikel 707.

15) Wernz a. a O. S. 648.

IV. Auf Verfahren und Urtheil in Wiederaufnahmssachen kommen, von besonderen Bestimmungen des Gesetzes abgesehen, die Vorschriften über das Verfahren auf Klagen resp. Incidentgesuche im ersten Rechtszug zur Anwendung [16]), dieses auch dann, wenn ein Obergericht als erste und einzige Instanz zu entscheiden hat.

1) Wird das Wiederaufnahmsverlangen auf eine Gefährde (Handlung oder geflissentliche Unterlassung) [17]) oder eine unbefugte Handlung eines Gewalthabers oder gesetzlichen Vertreters gegründet, so sind er oder seine Erben (wegen der sie treffenden Haftpflicht) beizuladen. In den Fällen des Artikel 765 ist das Gesuch gegen alle Parteien zu richten, zwischen welchen das angefochtene Urtheil ergangen ist [18]).

Mit der Verhandlung und Entscheidung über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme ist die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache zu verbinden. Doch kann das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen beschließen, daß zunächst gesondert über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme verhandelt und entschieden werde [19]). Proceßeinreden richten sich nach den allgemeinen Vorschriften.

Wird das Urtheil, gegen welches Wiederaufnahme nachgesucht wird, in einer bei einem anderen Gericht anhängigen Streitsache geltend gemacht, so hat dieses Gericht, wenn es erachtet, daß die Wiederaufnahme auf die Entscheidung der anhängigen Sache Einfluß haben könne, die Verhandlung einstweilen einzustellen. Ist das Wiederaufnahmsverlangen noch nicht anhängig gemacht, so kann das Gericht dafür eine nach allgemeinen Grundsätzen erstreckbare Frist festsetzen [20]). Nach deren unbenutztem Ablauf kann im Processe weiter gefahren werden.

2) Das Wiederaufnahmsverlangen ist, mag der Beklagte erschienen sein oder nicht, von Amtswegen zu verwerfen, wenn es wegen Mangels eines gesetzlichen Wiederaufnahmsgrundes unstatthaft, nicht bei dem dafür zuständigen Gerichte angebracht oder nach dem eigenen Vorbringen des Gesuchstellers verspätet ist [21]). Soweit außerdem eine Officialprüfung nach allgemeinen Bestimmungen Platz greift (Artikel 297, 520, 776), finden diese Vorschriften auch hier Anwendung. Im Uebrigen ist die Zulässigkeit des Gesuchs nur insoferne zu prüfen, als beklagterseits Beanstandung erhoben wurde.

Wird das Wiederaufnahmsverlangen, gleichviel ob als unzulässig oder sachlich unbegründet [22]), verworfen, so ist der Gesuchsteller, wenn ihm Streitmuthwille zur Last fällt, in eine Geldbuße bis zu 100 fl. zu verurtheilen [23]). Daneben ist die Anwendung des

16) Artikel 779 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. III, 120.
17) Abg. Prot. III, 120.
18) Artikel 780 Pr. O.
19) Artikel 782 Pr. O.
20) Artikel 783 Pr. O. Vgl. Artikel 190.
21) Artikel 784 Pr. O.
22) Abg. Prot. III, 61.
23) Artikel 785 Pr. O.
24) Deshalb ist, wenn in einem Separaturtheil auf Zulassung der Wiederaufnahme

Artikel 119 der Pr. O. nicht ausgeschlossen. Wird der Wiederaufnahme stattgegeben, jedoch die angefochtene Entscheidung zu Gunsten des Gesuchstellers nicht geändert: so ist die vorbezeichnete Strafe nicht verwirkt.

Wird die Wiederaufnahme zugelassen, so muß das angefochtene Urtheil gleichwohl aufrecht bleiben, wenn es auch gegenüber dem Restitutionsgrund noch gerechtfertigt erscheint [24]). Andernfalls ist dieses Urtheil je nach den Umständen ganz oder theilweise zu ändern und hievon [25]) am Rande des oder der Urtheile, welche von der Aenderung betroffen werden, durch die einschlägigen Gerichtsschreiber Vormerkung zu machen und diese Vormerkung jeder späteren Ausfertigung oder Abschrift beizufügen. Die bezüglichen Bestimmungen über Berufungsurtheile (Artikel 737) finden hiebei analoge Anwendung. Vgl. §. 431 [26]).

Ueber die gegen das Urtheil zulässigen Rechtsmittel wurde in §. 449 Ziffer I Littera d das Nöthige bemerkt.

---

erkannt wird, nicht zugleich die Aufhebung des angefochtenen Urtheils mit auszusprechen.

25) Das Urtheil, welches nur die Zulassung der Wiederaufnahme ausspricht, ist nicht vorzumerken. R. Ref. I, 145; R. Prot. III, 37.

26) Artikel 786 Pr. O.

# VIII. Buch.

# Proceßverbindungen.

# I. Hauptstück.

# Klagenhäufung.

## I. Capitel.

## Einfache Klagenhäufung.

### §. 451.

I. Der Klagsanspruch ist immer ein einfaches Recht, mag er auch aus dem complicirtesten Rechtsverhältniß hervorgehen oder eine Mehrheit von Sachen umfassen. Dies gibt der Rechtsverfolgung ihr Gepräge. Soviel Klagsansprüche bestehen, so viel besondere Verhandlungen und Entscheidungen sind nöthig.

Indessen können mehrere Klagsansprüche in einem inneren Zusammenhange stehen, sei es, daß deren thatsächlicher und rechtlicher Grund identisch sind (continentia causarum ex identitate fundamenti), — sei es daß derselbe Streitpunct für den einen Anspruch die Haupt-, für den andern eine dessen Entscheidung bedingende Vorfrage bildet (Conditionalverhältniß, Präjudicialsachen) — sei es endlich, daß die eine Streitsache eine andere hervorruft (Incidentsachen) oder auf sie wenigstens einen fördernden Einfluß haben kann (präparatorische Sachen). Dieser innere Zusammenhang heißt materielle Connexität.

Würde die Regel getrennter Verhandlung und Entscheidung auch gegenüber solchen Sachen streng festgehalten, so könnten leicht widersprechende Urtheile ergehen [1]). Deshalb ist die processuale Verbindung mehrerer Klagsansprüche bezw. die Verbindung mehrerer Rechtsstreitigkeiten zu einem und demselben Verfahren vom Gesetze bald zugelassen, bald geboten. Formale Connexität, Proceßconnexion [2]). Uebrigens geht die Pr. O. in

---

1) Auch auf andere Vortheile der Proceßverbindung müßte verzichtet werden, die raschere, minder kostspielige Procedur u. s. w.

2) Es ist hier die parteiliche Proceßverbindung in Frage. Ihr steht die richterliche Proceßverbindung gegenüber, wovon in §. 229 gesprochen wurde.

zwei Fällen sogar über das Princip hinaus, indem sie eine Proceßverbindung gestattet, wo von innerem Zusammenhang keine Rede sein kann. Artikel 178 und 63 Absatz 3. Es gaben hiebei Rücksichten der Zweckdienlichkeit, Kostenersparung ꝛc. den Ausschlag.

Die Proceßverbindung findet bald in der Art statt, daß alle vermögensrechtlichen Verhältnisse derselben Person in einem Verfahren geordnet werden. Gantverfahren. Das Nähere gehört in die Lehre von der Zwangsvollstreckung.

Die processuale Verbindung einzelner Ansprüche wird als Klagenhäufung bezeichnet.

Werden mehrere Ansprüche zugleich von einer und derselben Partei oder gegen eine und dieselbe Partei geltend gemacht, so liegt Klagenhäufung im eigentlichen Sinne vor.

Man unterscheidet die einfache und die qualificirte Klagenhäufung. Unter jener wird eine Cumulation verstanden, welche an sich keinen Einfluß auf die Bestimmung des Forums für die processual verbundenen Klagen äußert; unter dieser eine Klagenhäufung, welche als solche d. i., um die Verbindung zu ermöglichen, ein besonderes einheitliches Forum besitzt, forum speciale connexitatis materialis seu continentiae.

Die einfache Klagenhäufung ist entweder eine objective oder subjective, je nachdem bei Einheit der Parteipersonen eine Vielheit von Ansprüchen — oder bei Einheit des Gesammtanspruchs eine Vielheit von Berechtigten (Kläger) oder Verpflichteten (Beklagte) gegeben ist[3]).

II. Mehrere Ansprüche desselben Klägers können gegen den nämlichen Beklagten, auch wenn sie auf verschiedenen Thatsachen oder Rechtsgründen beruhen, in einer Klage verbunden werden, sofern für sämmtliche Ansprüche das Gericht zuständig und die vom Kläger gewählte Proceßart zulässig ist[4]). Einfache objective Klagenhäufung. Im Einzelnen ist hiezu das Nachstehende zu bemerken:

1) Das Gesetz macht abweichend vom cod. jud. [5]) die Zulässigkeit der Klagenhäufung von dem Erfordernisse materieller Connexität nicht abhängig. Es konnte dies unbedenklich geschehen, da Artikel 157 dem Richter gestattet, jeder Verwirrung im Processe durch Trennung des Verfahrens zu begegnen.
2) Wenn gesagt ist, daß das angegangene Gericht für sämmtliche Ansprüche zuständig sein müsse, so wird verlangt, daß das Gericht für jeden Anspruch der Gattung nach und für alle Ansprüche zusammen dem Werthe nach competent sein müsse, auch dessen Zuständigkeit in territorialer Hinsicht nicht ausgeschlossen sei (forum speciale exclusivum).

---

3) Vgl. Seuffert a. a. O. I S. 96—113; Bayer c. l. §§. 15, 16, 69.
4) Artikel 178 Pr. O.: Quellen hiezu:
Abg. Ref. II, 72; III, 28.
Abg. Prot. I, 250, 285, 318; IV, 38, 61.
R. Ref. LXXII.
R. Prot. I, 330.
Vgl. Bayer a. a. O. §§. 69, 167; hannöv. Prot. 517—519, 573—579, 1467—1470.
5) Cap. 4 §. 9.

Für diese Bedeutung des Ausdrucks „für sämmtliche Ansprüche zuständig" ist auf Artikel 3 Absatz 2 der Pr. O. und Band I S. 139—140 zu verweisen [7]).

3) Anlangend das Verfahren, so ist Klagenhäufung unstatthaft, wenn die eine Klage im ordentlichen, die andere im außerordentlichen Verfahren, oder wenn beide zwar in einer außerdentlichen, aber nicht derselben Procedurart verhandelt werden sollen. Eine verschiedene Proceßart ist aber allerdings nicht gegeben, wenn der eine Anspruch im ordentlichen Verfahren, der andere in einer solchen außerordentlichen Procedurart zu verhandeln ist, welche sich in Ansehung des Verfahrens ganz nach den allgemeinen Bestimmungen richtet und nur deshalb als außerordentlich bezeichnet wird, weil die Pr. O. dafür besondere materiellrechtliche Vorschriften gibt. Vgl. Hauptstück XX—XXII.

Der abgekürzte Anwaltsproceß bildet keine außerordentliche Procedurart, weicht vielmehr nur in der Einleitungsform vom ordentlichen Verfahren ab. Es möchte deshalb der Cumulirung von Klagen, deren nur eine des abgekürzten Verfahrens bedarf, und folgerecht der Bewilligung dieses Verfahrens für alle verbundenen Klagen Nichts im Wege stehen [8]). Gefahr ist ohnehin keine dabei. Vgl. Artikel 157, 261 Pr. O. [9]).

## §. 452 [1]).

Unter der subjectiven Klagenhäufung wird die Verbindung von Klagen verstanden, welche mehreren Klägern gegen einen Beklagten, oder einem

---

6) Abg. Ref. II, 72.
7) Vgl. auch Abg. Ref. II, 72; Abg. Prot. I. 250, 285.
8) Abg. Ref. II, 72; III, 28; R. Prot. I, 330.
9) Ein Antrag, die Klagenhäufung auszuschließen, wenn subjective und objective Cumulation, aber nicht von allen Klägern gegen alle Beklagte stattfinden soll, wurde von der hannöver. Commission verworfen. Prot. 1468—1469.

1) Quellen zu Artikel 63 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 32.
Abg. Prot. I, 77—78, 170—171, 181, 306.
R. Ref. XXXV.
R. Prot. I, 166.
Quellen zu Artikel 64 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 32; III, 14.
Abg. Prot. I, 78, 170, 171, 182, 306; IV, 20, 48.
R. Ref. XXXV—XXXIV; II, 31.
R. Prot. I, 166—168; IV, 9.
Quellen zu Artikel 65 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 33.
Abg. Prot. I, 78—79, 170—171, 182, 306; II, 295; IV, 303, 363.
R. Ref. XXXVI.
R. Prot. I, 168; IV, 9—11; V, 2.
Vgl. Bayer a. a. O. §§. 37—40, 167; Seuffert a. a. O. II S. 191 ff.; hannöv. Prot. 692—698, 745—754, 1307—1308.

Kläger gegen mehrere Beklagte, oder mehreren Klägern gegen mehrere Beklagte zustehen.

I. Personen, welche in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen (communio juris vel obligationis), oder aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt und verpflichtet sind (eadem causa agendi vel defendendi), können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder belangt werden [2]).

Rechtsgemeinschaft ist gegeben, wenn die Parteipersonen zusammen Subject des Klaganspruchs (active oder passive) sind, gleichviel ob in solidum oder pro rata, d. h. also, wenn ein Anspruch zufolge Miteigenthums pro indiviso oder zufolge einer Solidar- oder Correalobligation mehreren Mitberechtigten oder gegen mehrere Besitzer oder Schuldner zusteht.

Gemeinschaft der Rechtssache (causa communis) ist vorhanden, wenn Jedem der Kläger oder gegen Jeden der Beklagten ein besonderes individuelles Recht zusteht, aber die mehreren Ansprüche auf demselben historischen und rechtlichen Fundamente beruhen, z. B. wenn die mehreren Klagen auf demselben Orts- oder Bezirksherkommen oder gesetzlichen Privilegium fundirt sind.

Gemeinschaftliche Rechtsverfolgung und Vertheidigung findet auch statt, wenn gleichartige Ansprüche oder Verpflichtungen auf einem im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhen [3]). Gleichartigkeit des Endzwecks [4]). Diese Bestimmung hat ihren Grund in dem Bestreben der modernen Gesetzgebung, gleichartige Dinge möglichst miteinander zu erledigen und nicht in mehrere Processe zu zersplittern. Unter „Gleichartigkeit" versteht man einen solchen Zusammenhang der mehreren Ansprüche, aus welchem sich eine Gleichheit der Streitpuncte ergeben kann, z. B. bei Klagen aus dem Grundbarkeitsverhältniß, bei Klagen mehrerer Hypothekgläubiger auf Einhalt in der Verschlechterung oder auf Veräußerung des gemeinschaftlichen Hypothekenobjects, Klagen von Fabrikarbeitern, die alle unter gleichen Bedingungen Dienst genommen haben, gegen den Fabrikherrn ꝛc. Auch wird als ein solcher Fall angeführt die Klage des Intestaterben und Legatars aus einem Intestatcodicill gegen den Testamentserben. Artikel 157 gibt dem Richter das Mittel, jeder Verwirrung des Verfahrens vorzubeugen.

II Ist in einem Falle zulässiger Streitgenossenschaft (Ziffer I) die Führung des Rechtsstreits oder der Vollzug des Urtheils nach Civilrecht durch die gemeinschaftliche Verhandlung der mehreren Genossen bedingt [5]):

---

2) Artikel 63 Absatz 1 Pr. O. Die Zuständigkeit des Gerichts für alle Beklagte und die Zulässigkeit derselben Proceßart wird selbstverständlich auch hier vorausgesetzt.

3) Artikel 63 Absatz 2 Pr. O.

4) Diese Bestimmung wird im Ganzen bekämpft von Wetzell a. a. O. S. 671 i. f. und S. 672, dann dem Abg. Ref. II, 32; vertheidigt von Heffter System §. 110; Müller I, 315; Plank „Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten" S. 393; Bayer a. a. O. §. 38; von der Praxis, Seuffert's Archiv V, 67, VIII, 296, X, 283, Seuffert's Comment. II, 196, Bl. f. R. A. I, 185, 193, 201, hannov. Pr. O. §. 34. Vgl. Abg. Prot. I, 77—78.

5) „Bedingt" d. h. vorgeschrieben z. B. nach Artikel 1670 Code civ. Gemeinrechtlich wird der Fall selten sein. Abg. Prot. I, 78—79.

so kann der klagende Theil die Mitberechtigten zur Theilnahme an dem Streit beiladen, und der beklagte Theil kann verlangen, daß der Kläger die übrigen Rechts- oder Verbindlichkeitsgenossen beilade, oder er kann deren Beiladung auch selbst bewirken[6]).

Die Beigeladenen treten in das Verhältniß von Parteien und das Urtheil erhält gegen sie, auch wenn sie nicht erschienen sind, die den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen (Artikel 294, 487) entsprechende Wirksamkeit[7]). Erfolgt die Beiladung erst im Laufe des Processes, so können sie ihre Rechte ohne Rücksicht auf die Proceßlage geltend machen[8]). Würde der Kläger auf die für begründet erkannte exceptio plurium litis consortium (Artikel 186 Ziffer 3) gleichwohl in der ihm hiefür durch Urtheil gesetzten Frist die Beiladung nicht bewirken, so wäre seine Klage abzuweisen.

Erscheint der als Genosse der Klagspartei Beigeladene nicht, so ergeht gegen ihn auf Antrag ein gewöhnliches Versäumungsurtheil, wogegen ihm der Einspruch freisteht.

Erscheint der als Genosse der beklagten Partei Beigeladene nicht, so finden unter gegebenen Voraussetzungen die Bestimmungen über das Verbindungsurtheil (§. 453) Anwendung[9]).

Tritt der Beigeladene als Genosse auf klägerischer oder beklagtischer Seite wirklich in den Streit ein, so gelten für ihn als solchen die allgemeinen Bestimmungen über die Proceßführung durch Streitgenossen. Vgl. folgende Ziffer III und §. 453, dann Artikel 489.

Auch die Bestimmung des Artikel 65 der Pr. O. bezweckt, die Rechtsverfolgung zu erleichtern und die Processe zu vermindern. Als Fälle der Anwendung erscheinen Klagen wegen Grunddienstbarkeiten von solchen, die nur Miteigenthümer pro indiviso sind, Klagen auf Feststellung der Gränzen, deren Entscheidung oft nur unter Beiziehung aller Eigenthümer des Flurdistricts möglich ist[10]). Wären zu gleicher Zeit verschiedene solche Klagen beim selben Gericht erhoben, die in dem angegebenen Zusammenhange stehen, so wäre Anlaß von Artikel 157 der Pr. O. Gebrauch zu machen.

III. Streitgenossen stehen, soweit das Gesetz nicht anders verfügt[11]), der Gegenpartei dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Angriffs- und Vertheidigungsmittel[12]) des einen Streitgenossen den Anderen ebensowenig

6) Artikel 65 Absatz 1 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 295.

7) Natürlich vorausgesetzt, daß ein Fall statthafter Beiladung (Artikel 65) gegeben war und die Beiladung in gesetzlicher Weise erfolgte (Artikel 487, 509), auch weiterhin dem Beigeladenen die vorgeschriebenen Zustellungen ꝛc. (Artikel 489) gemacht wurden.

8) Artikel 65 Absatz 2 Pr. O.

9) Abg. Prot. IV, 303; R. Prot. IV, 9—11.

10) Abg. Prot. I, 78—79; Hannov. Prot. 745—754; Seufferts Comment. II, 199—200, besonders Anm. 10a.

11) Unter „Gesetz“ ist die ganze Gesetzgebung verstanden, nicht blos die Pr. O., sondern auch das Civ. Recht u. s. w. Vgl. auch Artikel 467 Pr. O. Abg. Prot. I, 78.

12) Hier ist blos von processualen Rechten die Rede; materielle Rede bestimmt das Civ. Recht. Abg. Prot. I, 170.

nützen, als die Handlungen und Unterlassungen desselben den Anderen zum Nachtheil gereichen[13]).

## §. 453 [1]).

Hinsichtlich der Proceßführung der Streitgenossen gibt die Pr. O nachstehende besondere Bestimmungen.

I. Streitgenossen haben für die Proceßführung einen gemeinschaftlichen Vertreter, Anwalt oder Bevollmächtigten aus sich oder in der Person eines Dritten zu bestellen, – es sei denn, daß für dieselben je ein besonderes Interesse besteht[2]). Uebrigens steht der gemeinschaftlichen Vertretung nicht im Weg, daß von einzelnen Streitgenossen besondere Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen sind. Der gemeinschaftliche Vertreter kann auch diese mit geltend machen. Tritt aber diese Geltendmachung mit den Interessen der übrigen Streitgenossen in Collision, dann fällt die Verbindlichkeit zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters hinweg[3]), — soweit eben die Collision reicht. Besteht sie nur bei einem der Streitgenossen gegenüber den mehreren übrigen, unter letzteren aber nicht, so haben wenigstens diese einen gemeinschaftlichen Vertreter aufzustellen.

Ist ein gemeinschaftlicher Vertreter bei Beginn der Verhandlung[4]) noch nicht bestellt, so hat das Gericht auf Verlangen der Gegenpartei (nicht von Amtswegen) die Vertretung zu regeln[5]), — vorbehaltlich des Rechtes der Parteien, ihre gemeinsame Vertretung in anderer Weise bethätigen zu lassen.

---

13) Artikel 64 Absatz 1 Pr. O.

1) Quellen zu Artikel 64 Pr. O. sieh' bei §. 452.
Quellen zu Artikel 316 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 114—116; III, 43.
Abg. Prot. II, 96, 101—102, 137, 148, 269—270, 451; IV, 87, 88, 114, 131.
R. Ref. I, 18—19; II, 136.
R. Prot. III, 103—104; IV, 41.
Quellen zu Artikel 317 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 114—116; III, 43.
Abg. Prot. II, 96, 101—102, 137, 148—149, 451; IV, 87, 113—115, 131.
R. Ref. I, 18—19; II, 136—138.
R. Prot. II, 105; IV, 41.
Quellen zu Artikel 318 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 114—116; III, 43.
Abg. Prot. II, 96, 101—102, 137, 149; IV, 87, 131.
R. Ref. I, 18—19; II, 138.
R. Prot. II, 105; IV, 57.
Quellen zu Artikel 523 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—180; III, 57.
Abg. Prot. II, 265—270, 279, 352, 375, 453; IV, 107, 115, 154.
R. Ref. II, 186.
R. Prot. II, 255; IV, 62.
Vgl. Zink a. a. O. I, 188—189; hannöv. Prot. 1741—1752.

2) Artikel 64 Absatz 2 Pr. O.

3) R. Ref. XXXVI; R. Prot. I, 167; Abg. Ref. III, 14.

4) d. h. mündliche Verhandlung, nicht blose Hinterlegung.

5) Artikel 64 Absatz 3 Pr. O.

Als Correctiv für die Einhaltung dieser Bestimmungen [6]) hat das Gericht die Befugniß, die unterliegende Partei von den Mehrkosten ganz oder theilweise zu entbinden, welche dadurch entstanden sind, daß der obsiegende Theil seiner Verpflichtung zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters nicht nachkam [7]). Dieses Recht steht dem Gericht in allen Fällen d. h. sowohl, wenn das Gericht die Vertretung geregelt hat, als wenn diese Regelung unterblieb, sei es wegen mangelnder Anregung der Gegenpartei, sei es in Folge der hinterher als unbegründet erkannten Berufung des pflichtigen Theils auf seine Sonderinteressen [8]).

Die Streitgenossenschaft bringt noch einige andere Besonderheiten in das Verfahren, von welchem theilweise schon gesprochen ist.

Es mag erwähnt werden, daß, wenn der Beklagten mehrere sind, die Klage Jedem derselben zuzustellen ist [9]), daß wenn mehrere Personen wegen des nämlichen, wenn auch theilbaren Gegenstandes zu handeln oder zu erscheinen haben, für alle die längste Frist gilt [10]), daß die Vorschriften über das Vorverfahren für alle im Proceß aufgetretenen Haupt- und Nebenparteien gelten (Artikel 257), daß für die gerichtliche Anmeldung der Sache im Anwaltsproceß beim Vorhandensein mehrerer Kläger oder Beklagter die Bezeichnung je eines von ihnen genügt und, wenn die Klagzustellung an mehrere Beklagte an verschiedenen Tagen geschah, der Tag der letzten Zustellung anzugeben ist [11]), daß endlich die bei Gericht zu hinterlegenden Anträge zugleich das vollständige Verzeichniß der im Processe befindlichen Parteien nach Vor- und Familiennamen, Stand, Wohnort und Parteistellung zu enthalten haben [12]). Der Abstand eines einzelnen Streitgenossen ist statthaft; seine Wirkung bemißt sich nach Civilrecht. Anderen Betheiligten wird hiemit nicht präjudicirt.

II. Verbindungsurtheil. Défaut de jonction.

Das Institut des Verbindungsurtheils bezweckt, daß, wenn von mehreren Beklagten einzelne erschienen sind, die andern nicht, im Interesse der Kostenersparung wie des materiellen Rechts eine mehrfache Procedur und Beweiserhebung, namentlich aber widersprechende Urtheile gegen die in gleicher Lage befindlichen Beklagten verhütet werden. Deshalb will das Gesetz, daß kein Versäumungsurtheil gegen die Nichterschienenen neben einem contradictorischen Urtheil gegen die Erschienenen, sondern daß gegen alle Erschienenen und Nichterschienenen contradictorisches Urtheil erlassen werde. Damit aber das Interesse der Nichterschienenen nicht zu sehr verletzt werde, sollen dieselben, wenn das Urtheil wider sie contradictorisch ergehen soll, noch einmal vorgeladen werden [13]).

Von der unter Ziffer I dargestellten Einrichtung, wonach Streitgenossen einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen haben, unterscheidet sich das

6) R. Ref. XXXVI; Abg. Ref. III, 14; R. Prot. I, 167.
7) Artikel 64 Absatz 4 Pr. O.
8) R. Ref. II, 31.
9) Vgl. Artikel 224 Pr. O.; Abg. Prot. II, 114—115.
10) Artikel 210 Absatz 1 Pr. O.
11) Artikel 235 Pr. O.
12) Artikel 241 Absatz 5 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. IV, 71; R. Prot. II, 25 und §. 305.
13) Abg. Prot. II, 101.

Institut des Verbindungsurtheils sehr wesentlich. Abgesehen nämlich davon, daß die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters eine Pflicht sowohl der klägerischen wie der beklagtischen Streitgenossen bildet, während ein Verbindungsurtheil nur gegen die letztgenannten zulässig ist, — setzt die besondere Verpflichtung zur Aufstellung eines gemeinschaftlichen Vertreters voraus, daß alle hiezu Verbundenen wirklich erschienen sind, im Anwaltsproceß Anwälte bestellt haben. Ihre Verbindlichkeit besteht darin, ihre noch unter verschiedene Gewalthaber getheilte Vertretung auf Einen zu übertragen [14]). Das Verbindungsurtheil setzt voraus, daß einzelne Beklagte gar nicht erschienen sind, keinen Anwalt bestellt haben. Hätten von drei Beklagten zwei je einen anderen Anwalt und der Dritte gar keinen bestellt: so läge ein combinirter Fall von Artikel 64 und 316 ff. vor. Der einfache Fall der Artikel 316 ff. aber wäre hinwieder gegeben, wenn die zwei erstgenannten Beklagten wegen gesonderter Interessen der Verbindlichkeit enthoben wären, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen.

1) Ein Verbindungsurtheil ist zu erlassen, wenn:

a) In der zur Hinterlegung oder unmittelbar zur Verhandlung (Artikel 259) bestimmten Sitzung von mehreren Beklagten nur ein Theil erschienen ist.

Ob die hier nicht Vertretenen keinen Anwalt bestellt haben oder die von ihnen bestellten Anwälte nicht erschienen sind, macht keinen Unterschied [15]).

Ist von den ausgebliebenen Anwälten schon früher hinterlegt worden, so ist kein Verbindungsurtheil zu erlassen, weil hier ohnehin contradictorisches Urtheil gegen alle Beklagten ergeht [16]).

Sind alle Beklagten ausgeblieben, gleichviel ob sie Anwälte nicht bestellt haben oder die bestellten nicht erschienen sind, so hat gleichfalls nicht ein Verbindungs-, sondern unter Einhaltung der Vorschrift des Artikel 306 Versäumungsurtheil gegen dieselben zu ergehen [17]).

Wie die Bestimmungen über das Verbindungsurtheil auf den Fall keine Anwendung finden, wenn von mehreren Klägern einzelne nicht erschienen sind: so gilt dies auch, wenn der Kläger Rechtsgenossen beiladen läßt (Artikel 65). Die Interessen der Nichterschienenen können in diesem Falle durch das Vorbringen der Erschienenen nicht als gewahrt gelten. Im Nichterscheinungsfalle ist hier nur Versäumungsurtheil am Platz.

Ebensowenig kann ein Verbindungsurtheil ergehen, wenn der Garantiebeklagte seinerseits wieder eine Garantieklage gestellt hat ꝛc. und nun aus der Kette der Gewährsmänner Einer nicht erscheint. Das Verbindungsurtheil setzt voraus, daß die mehreren Beklagten als solche dem nämlichen Kläger gegenüber stehen. Im ersterwähnten Falle muß also gegen die Nichterschienenen Versäumungsurtheil genommen werden. Sind aber derselben Garan-

14) Hannöv. Prot. 1751.
15) Artikel 316 Absatz 1 und 2 Pr. O.
16) Artikel 245 Absatz 2 Pr. O.; Abg. Prot. II, 101.
17) Abg. Prot. II, 101.

tieklage gegenüber mehrere Gewährschaftsbeklagte vorhanden und von diesen einzelne erschienen, andere nicht: so ist ein Fall des Verbindungsurtheils gegeben [18]).

Die zweite Voraussetzung zur Erlassung eines Verbindungsurtheils ist, daß,

b) wenn gegen die Nichterschienenen verschiedene Fristen laufen, diese sämmtlichen Fristen auch abgelaufen sind [19]). Dieser Grundsatz gilt allgemein für Versäumungsurtheile; das Verbindungsurtheil ist nur eine eigenthümliche Art von Versäumungsurtheil. Er findet beim Verbindungsurtheil im Zwecke desselben seine Rechtfertigung. Beim gewöhnlichen Versäumungsurtheil sollen dadurch vermehrte Arbeit und Kosten erspart werden; würde ein solches Urtheil nur gegenüber dem einen Streitgenossen erwirkt, nachdem für alle die Frist abgelaufen, so wäre das Urtheil giltig, wollte aber die Partei hinterher auch gegen die anderen Streitgenossen vorgehen, so träfen Erstere die Mehrkosten; wäre bei Erwirkung des Versäumungsurtheils gegen einen Streitgenossen zwar die diesem gesetzte Frist abgelaufen, nicht aber auch die Frist für alle anderen: so wäre jenes Versäumungsurtheil, den inneren Zusammenhang der Ansprüche gegen die verschiedenen Streitgenossen vorausgesetzt, nichtig [20]).

Weiter wird erfordert,

c) daß die nicht erschienenen Beklagten bei der nach Lage der Sache d. i. zunächst zu erlassenden Entscheidung nicht völlig unbetheiligt sind [21]).

Ist die zu erlassende Entscheidung unabhängig von der Betheiligung der Ausgebliebenen, was bei Präjudicial- oder Vorfragen der Fall sein kann, so darf kein Verbindungsurtheil gegen sie gefällt werden; wäre es doch geschehen, so hätte es für die Betroffenen in Bezug auf die erwähnte Entscheidung selbstverständlich keine Wirkung. Der Fall, daß jedes Betheiligungsinteresse für die Sache überhaupt mangelt, kann nicht wohl vorkommen, da eine statthafte subjective Klagenhäufung vorausgesetzt ist.

Es wird ferner erfordert, daß

d) die erschienenen Anwälte ihre Anträge gestellt bezw. hinterlegt haben [22]), da nach allgemeinen Grundsätzen eine Sache erst durch Hinterlegung contradictorisch werden kann [23]). Dies gilt auch für den Fall, wenn die Tagfahrt unmittelbar zur Verhandlung bestimmt war.

Ein Verbindungsurtheil kann endlich nur erlassen werden, wenn

e) dies von dem Kläger, falls aber der Kläger mehrere sind, von sämmtlichen Klägern beantragt wird [24]).

---

18) Abg. Prot. II, 101, 102.
19) Artikel 306 Pr. O.
20) Artikel 210, 306 Pr. O.
21) Artikel 318 Pr. O.
22) Artikel 316 Absatz 1 Pr. O.
23) Abg. Prot. II, 101.
24) Artikel 316 Absatz 1 Pr. O.

Von Amtswegen kann kein Verbindungsurtheil erlassen werden. Die Klagspartei hat also die Wahl statt eines Verbindungsurtheils gegen alle Beklagte ein Versäumungsurtheil gegen die Nichterschienenen, ein contradictorisches gegen die Erschienenen zu nehmen. Uebrigens wird sie wohl in allen Fällen, wo ein Verbindungsurtheil in ihrem Interesse liegt, den Antrag hierauf nicht unterlassen[25]).

Ein einzelner von mehreren Klägern hat nicht das Recht, ein Verbindungsurtheil hervorzurufen. Es könnte dies gegen das Interesse der übrigen Kläger geschehen und den Nichtconsentirenden Verzögerungen veranlassen[26]). Solchen Falls ist vielmehr mit den erschienenen Beklagten zu verhandeln, gegen die nichterschienenen das gewöhnliche Versäumungsurtheil zu nehmen.

Sind alle bezeichneten Voraussetzungen gegeben, so hat auch gegen die Erschienenen die Verhandlung vorläufig nicht stattzufinden, sondern ist eine spätere Sitzung zur Verhandlung festzusetzen. Die Nichterschienenen sind von der Klagspartei aufzufordern in der neuerlichen Sitzung zur Verhandlung zu erscheinen bezw. einen Anwalt zu bestellen, der sie in jener Sitzung zu vertreten hat. Das Gericht hat in seinem bezüglichen Vertagungsurtheil zugleich die Frist zu bestimmen, welche den Nichterschienenen zu dem besagten Zwecke zu lassen ist (neue Erscheinungsfrist)[27]); die Frist soll so bemessen werden, daß sie zur nothwendigen Vorbereitung genügt[28]).

Die besonderen Kosten, welche hierauf erwachsen, haben natürlich die früher Ausgebliebenen zu tragen; doch ist bezüglicher Ausspruch erst im seinerzeitigen Endurtheil am Platz.

Das Verbindungsurtheil ist ein wahres défaut-Urtheil, indessen durch Einspruch nicht anfechtbar. Sein Zweck ist, Versäumungsurtheile in der Sache selbst auszuschließen; daher erklärt sich die Stellung, welche die bezüglichen Bestimmungen in der Pr. O. erhielten[29]).

Als bloses Vertagungsurtheil ist dasselbe in der in Artikel 281 bestimmten Weise in das Urtheilsbuch einzutragen[30]), d. h. es sind dazu weder vollständige Entscheidungsgründe noch Qualitäten zu fertigen[31]); auch auszufertigen ist das Verbindungsurtheil in der Regel nicht[32]), womit kostspielige Zustellungen erspart sind. Darum hat das Präjudiz, wovon Artikel 317 Absatz 4 spricht, seine Aufnahme in die neue Ladung zu finden, nicht in das Verbindungsurtheil.

2) Die Ladung zu der durch Verbindungsurtheil festgesetzten Sitzung

25) Vgl. Abg. Prot. II, 101—102; R. Prot. II, 104; Abg. Ref. III, 43.
26) Abg. Prot. II, 137.
27) Artikel 316 Absatz 1 und 3 Pr. O.
28) Abg. Prot. II, 101.
29) Abg. Prot. II, 135; vgl. auch R. Ref. I, 18—19.
30) Artikel 316 Absatz 5 Pr. O.
31) R. Ref. II. 136.
32) Artikel 293 Pr. O.

muß, wie bereits angedeutet, die Folgen ausdrücklich bezeichnen, welche bei abermaligem Nichterscheinen eintreten würden (Artikel 317 Absatz 1—3). Ist die Ladung Anwälten zuzustellen, so genügt wohl ein Hinweis auf Artikel 317; ist sie aber nichterschienenen Parteien selbst zuzustellen, so sind die betreffenden Ungehorsamsfolgen einzeln anzuführen und ist auf die frühere Ladung Bezug zu nehmen. Diese Vorschrift wurde zwar nur aus Zweckmäßigkeitsgründen gegeben[33]), ist aber bei Meidung der Nichtigkeit einzuhalten.

a) Erscheinen in der durch Verbindungsurtheil zur Verhandlung festgesetzten Sitzung abermals nicht alle Beklagten, so wird — und zwar ohne Unterschied, welche Beklagte ausgeblieben sind, ob die früher ungehorsamen oder die früher erschienenen[34]) — auf die mit den Erschienenen gepflogene Verhandlung gegen alle Betheiligten durch das nämliche Urtheil in der Sache selbst entschieden. Hiebei sind die von den Erschienenen vorgebrachten Einreden und ihre sonstige Vertheidigung ebenso zu betrachten, als wenn auch die Nichterschienenen sie vorgebracht hätten[35]), — vorausgesetzt natürlich, daß die letzteren von dieser Vertheidigung nach der Natur der Sache überhaupt berührt werden können. Das Gesetz betrachtet die Nichterschienenen als durch die Erschienenen vertreten. Von dem Satze, daß Einreden nicht von Amtswegen ergänzt werden dürfen, kann deshalb hier keine Rede sein[36]).

Das Urtheil hat zum Nachtheil wie zum Vortheil der Nichterschienenen die Wirksamkeit eines contradictorischen[37]) in Bezug auf alle entschiedenen Streitpuncte.

Ist in der Sitzung gar kein Beklagter erschienen, so ergeht gleichwohl auf Grund der früher hinterlegten Anträge contradictorisches Urtheil. Artikel 245 Absatz 2 Pr. O.

b) Die ebenerwähnten Vorschriften finden nicht blos auf diejenige Verhandlung, welche der Erlassung des Verbindungsurtheils zunächst folgt, sondern auch auf alle späteren Verhandlungen, welche in dem betreffenden Rechtsstreit in der nämlichen Instanz gepflogen werden, Anwendung, ohne daß es einer Wiederholung der in Artikel 316 Absatz 3 bezeichneten Aufforderung und eines neuen Verbindungsurtheils bedarf, — also auch dann, wenn nach Erledigung eines Präjudicialpunctes (Artikel 256) oder auf eine Beweiserhebung (Artikel 346) weiteres Urtheil zu erlassen ist[38]). Auch sind, wenn die Verhandlung weiter vertagt oder ein Vorbescheid erlassen wird, desgleichen wenn ein Beweis- oder sonstiges Zwischenverfahren stattfindet, jenen Beklagten, welche keinen An-

33) R. Ref. II, 137—138.
34) R. Ref. II, 137—138; Abg. Prot. IV, 114.
35) Artikel 317 Absatz 1 Pr. O.
36) Abg. Prot. II, 101.
37) Artikel 317 Absatz 2 Pr. O.
38) Abg. Prot. IV, 114.

walt aufgestellt haben, Zustellungen nicht zu machen[39]). Uebrigens gilt Alles dies doch nur solange, als der bisher ausgebliebene Beklagte nicht freiwillig erscheint. Ist er einmal erschienen, so fällt die Wirkung des Verbindungsurtheils gegen ihn hinweg[40]).

Anderseits kann das Verbindungsurtheil nicht blos bei der ersten Verhandlung ergehen, sondern unter gegebenen Voraussetzungen auch bei späteren Verhandlungen, z. B. der Beweisschlußverhandlung, wenn hier der früher erschienene Anwalt nicht erscheint. Denn défaut de jonction ist von der Pr. O. auch contre avoué statuirt[41]), und die früher hinterlegten Anträge haben für eine Beweisschlußverhandlung keine Wirksamkeit mehr.

Im Verfahren vor Handels- und Einzelngerichten finden die bisher dargestellten Grundsätze mit der Modification Anwendung, einmal, daß ein Fall des Verbindungsurtheils nur gegeben sein kann, wenn von mehreren zugleich unmittelbar zur Verhandlung geladenen Beklagten ein Theil nicht erscheint, so daß gegen ihn auch Versäumungsurtheil genommen werden könnte, zum Andern, daß das auf das Verbindungsurtheil zunächst folgende Urtheil in der Sache nicht nothwendig ein contradictorisches sein muß, sondern auch ein Versäumungsurtheil sein kann, weil im Parteiproceß die Hinterlegung der Anträge mit der Wirkung einer von nun an contradictorischen Sache nicht vorkommt[42]). Im Uebrigen ist auf Artikel 523 selbst zu verweisen.

## II. Capitel.

## Klagenhäufung mit besonderem Forum.

### §. 454 [1]).

Subjective Klagenhäufung kann zu einem besonderen forum connexitatis materialis führen, wenn sie in einer sg. passiven Cumulation besteht. Der Fall ist in doppelter Art denkbar.

I. Concurrenz mehrerer fora generalia.

Wird die Klage in gesetzlich zulässiger Weise gegen mehrere Personen gerichtet, so kann der Kläger sie bei den Gerichten eines jeden Orts erheben, an welchem der Gerichtsstand für einen der Beklagten nach Artikel

39) Artikel 317 Absatz 3 Pr. O.
40) R. Prot. II, 103—104.
41) R. Prot. II, 103—104.
42) Abg. Prot. II, 267.
1) Quellen zu Artikel 20 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 4—5; III, 7.
Abg. Prot. I, 6—7, 80—81 104, 302; IV, 14, 44.
R. Ref. XVI; und I, 15.
R. Prot. I, 83; IV, 6—7.
Vgl. hannöv. Prot. 534—552; Bayer a. a. O. §§. 75, 76; bezüglich des Artikel 21 Pr. O. vgl. §. 102.

12—17 der Pr. O.[2]) begründet ist[3]). Hiebei bestimmt sich die Werthscompetenz (Einzelngericht, Collegialgericht) nach dem Gesammtbetrag aller geltend gemachten Ansprüche[4]). Sachen nach Artikel 6 der Pr. O. bleiben übrigens bei einer Werthsberechnung außer Betracht.

Die Worte „in gesetzlich zulässiger Weise" in Artikel 20 der Pr. O. wollte der Abg. Referent gestrichen wissen, weil die Frage, ob gegen die mehreren Beklagten als Streitgenossen in zulässiger Weise geklagt worden, wohl für das Urtheil, nicht aber für die Zuständigkeit des urtheilenden Gerichts maßgebend sein könne[5]). Sie wurden gleichwohl beibehalten, um die dolose Verfolgung eines Beklagten vor dem für ihn nicht zuständigen Gericht seines nur fingirten Streitgenossen unmöglich zu machen. Es hätte also, wenn sich z. B. nach durchgeführtem Beweisverfahren herausstellt, daß der eine der Beklagten dem Kläger niemals etwas schuldig, vielmehr nur ein blinder lediglich des Gerichtsstands wegen hereingezogener Streitgenosse war, in der Richtung wider diesen Klagsentbindung, in der Richtung wider den anderen Litisconsorten Klagsabweisung von hier zu erfolgen[6]). Wäre der erstgenannte freilich nur auf Grund erhobener Einreden von der Klage freigesprochen, so hätte in Ansehung des Andern keine Incompetenzerklärung, sondern Urtheil zur Sache zu erfolgen[7]).

II. Concurrenz mehrerer fora rei sitae.

Treffen mehrere fora rei sitae zusammen, so hat der Kläger unter denselben die Wahl[8]).

Es gehören hieher nicht blos jene Fälle dinglicher Immobiliarklagen auf eine Mehrzahl von Grundobjecten, bei welchen zugleich mehrere Personen beklagt sind, sondern auch die Fälle, in denen die Klage auf mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken belegene Immobilien nur gegen eine Person gerichtet ist. Denn diese Person ist als Besitzer der mehreren Objecte d. i. sovielmal belangt, als Klagsobjecte verfolgt werden.

Das Gesetz gibt die Vorschrift des Artikel 21 Absatz 3 und damit ein forum connexitatis mater. deshalb, weil sonst bei der Ausschließlichkeit des forum rei sitae eine Wahl wie beim forum generale domicilii nicht statthaft bezw. Artikel 20 nicht ausreichend wäre, — anderseits, um eine außerdem nothwendige Instanzüberspringung zu vermeiden (forum contin. caus. ex ident. reali).

Daß in Artikel 21 Absatz 3 ein forum connex. mater. gegeben sei, ergibt sich daraus, daß im vorausgesetzten Fall die eine Streitsache die andern nach sich zieht.

---

2) Gegen die Hereinziehung der Artikel 13 und 14 bestanden Bedenken beim Reichsrathsausschuß, blieben aber schließlich unberücksichtigt. R. Ref. XV—XVI; R. Prot. I, 67—69; Abg. Ref. III, 7.

3) Artikel 20 Pr. O.

4) Artikel 3 Absatz 2 Pr. O.

5) Abg. Ref. II, 4.

6) Abg. Prot. I, 6—7.

7) Abg. Prot. I, 40—41.

8) Artikel 21 Absatz 3 Pr. O.

## §. 455 [1]).

Die objective Klagenhäufung setzt in der Regel voraus, daß für alle cumulirten Klagen dasselbe Gericht zuständig ist.

Damit indessen Sachen, welche zusammengehören, nicht unnöthiger Weise getrennt [2]), Proceßvervielfältigung und widersprechende Urtheile verhütet werden, ist objective Klagenhäufung ausnahmsweise gestattet, u. U. geboten, wenn auch die verschiedenen Klagen zu verschiedenen Gerichten competiren. M. a. W. das Gesetz gibt, um eine solche Cumulation ausführbar zu machen, durch besondere Bestimmung einen einheitlichen Gerichtsstand, wo nach allgemeinen Vorschriften ein gemeinsames Forum fehlt.

Die allgemeine Voraussetzung ist, daß die mehreren Klagen connex sind und zwar vor verschiedene aber vor Gerichte derselben Sachart gehören.

Das besondere Forum für solche Klagenhäufung ist bald ein unbedingt exclusives, bald ein nur relativ ausschließendes.

I. Ein unbedingt ausschließendes, jeder Parteiwillkür (Prorogation) entrücktes, von Amtswegen aufrecht zu haltendes Forum besteht für den Fall, wenn Streitpuncte im Verhältniß von Haupt- und Nebensache stehen [3]).

Das Gericht der Hauptsache ist [4]) auch für die Nebensachen zuständig. Als solche sind insbesondere anzusehen Streitigkeiten über die in einem Proceß veranlaßten Kosten [5]) und über den Ersatz des Schadens, der durch den Proceß weiter verursacht [6]) worden ist [7]). Der Begriff der Nebensache ist hier etwas eng gezogen. Es gehören jedenfalls alle Nebensachen hieher, welche nur Beziehung auf diesen Hauptstreit haben, dessen natürliche Zubehör bilden, Armenrechtsgesuche, Vorsichtsverfügungen [8]), auch Präjudicial- und präparatorische Sachen, soferne das Gesetz nichts Besonderes bestimmt. Von Incidentsachen, welche nicht blos das Verfahren betreffen, können hieher diejenigen gerechnet werden, welche zwischen denselben Par-

1) Quellen zu Artikel 33 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 14; III, 9 -10.
Abg. Prot. I, 31—33, 66, 83, 105, 298, 303; IV, 17, 45; IV, 7.
R. Ref. XXII und Bd. I, 21.
R. Prot. I, 131—132.
Quellen zu Artikel 34 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 10.
Abg. Prot. I, 61—62, 66, 83, 105, 303; IV, 17, 45.
R. Ref. XXIII.
R. Prot. I, 99—101.

2) Cod. jud. cap. I. §. 10.

3) Ausnahmsweise haben mehrere selbständige connexe Hauptstreitsachen, die eigentlich unter Artikel 33 Absatz 1 fallen würden, ebenfalls ein absolut fixes forum connex. mater. Vgl. Artikel 28, 67, 571 Pr. O. Freilich lassen sich die hier beregten Fälle auch unter andere Gesichtspuncte bringen.

4) Hiemit wird die Ausschließlichkeit dieses Forums ausgedrückt. Abg. Prot. I, 66.

5) Artikel 111 Pr. O.

6) Aus Artikel 119 Pr. O. Vgl. R. Prot. I, 132.

7) Artikel 33 Absatz 3 Pr. O.

8) Abg. Prot. I, 33, 66.

teien obschweben z. B. Urkundeneditionsgesuche wider die Gegenpartei [9]). Incidentsachen zwischen einer der Parteien und einem Dritten bilden selbständige Klagssachen.

Hiebei ist immer vorausgesetzt, daß die Nebensache mindestens zur selben Gattung von Gerichten ressortirt, wie die Hauptsache. Der Zusammenhang von Haupt- und Nebensache bildet nur eine einzelne Art von Connexität; die Proceßordnung läßt aber Klagenhäufung bei allen Arten connexer Sachen nur zu, wenn das betreffende Gericht wenigstens der Gattung nach competent erscheint. Darum gehören z. B. Alimentationssachen nicht zum Ehegericht, wohl aber Anträge auf provisorische Separation der Ehegatten [10]).

Die Klagenhäufung kann endlich im vorausgesetzten Falle eine gleichzeitige sein, der Art, daß die Nebensache wenigstens noch während der Anhängigkeit der Hauptsache beim betreffenden Gericht geltend gemacht wird, — oder eine successive, wenn die Nebensache schon vor Anhängigmachung oder erst nach Erledigung der Hauptsache verfolgt wird. Unter allen Umständen ist die gleichzeitige Cumulation statthaft, die Verfolgung beider Sachen beim selben Forum geboten.

II. Besteht außer dem Falle der Connexität im Verhältniß von Haupt- und Nebensache ein anderweiter Zusammenhang zwischen mehreren Klagen derselben Parteien: so gestattet die Pr. O. deren processuale Verbindung bei einem und demselben Forum, falls letzteres für alle Sachen wenigstens der Gattung nach zuständig ist, mag ihm auch sonst für einzelne derselben die Competenz fehlen. Die Pr. O. drückt dies dahin aus:

„Rechtsstreitigkeiten derselben Parteien, welche in solcher Verbindung stehen, daß die Verhandlung und Entscheidung durch verschiedene Gerichte nicht ohne Nachtheil erfolgen kann, sind bei einem und demselben Gerichte zu verhandeln und zu entscheiden. Doch findet diese Bestimmung keine Anwendung, wenn die eine Sache vor ein Bezirks- oder Einzelngericht, die andere dagegen vor ein Handels- oder Ehegericht gehört, es sei denn, daß die bezirks- oder einzelnrichterliche Zuständigkeit in den Bestimmungen des Artikel 7 Absatz 2 begründet ist, in welchem Falle beide Sachen beim Handelsgerichte zu verhandeln und zu entscheiden sind" [11]).

Im Einzelnen ist hiezu das Nachstehende zu bemerken und zwar zunächst in Ansehung

a) der Voraussetzungen dieser Art von Klagenhäufung. Letztere bestehen:

1) In dem Vorhandensein mehrerer selbständiger connexer Hauptstreitsachen derselben Parteien.

Die Anwendung des Artikel 33 bezw. 34 der Pr. O. ist nicht ausgeschlossen, wenn in der einen Sache noch ein Streitgenosse betheiligt erscheint, der in der andern nicht betheiligt ist.

Ob Connexität gegeben, ist nach richterlichem Ermessen zu entscheiden. Sie wird im Geiste des Gesetzes anzunehmen sein,

9) Richtiger wird hier von uneigentlicher Klagenhäufung gesprochen. Vgl. §. 457.
10) Abg. Prot. I, 32—33.
11) Artikel 33 Absatz 1 und 2 Pr. O.

wenn die getrennte Behandlung der Sache auch nur factische Nachtheile, Verzögerung, Kostenmehrung ꝛc., zur Folge hätte.

2) Die andere Voraussetzung ist, daß das gemeinschaftliche Forum wenigstens der Qualität nach für alle Sachen zuständig sei.

Gehört in Ansehung der Werthscompetenz die eine Sache vor das Bezirks-, die andere vor das Einzelngericht, so ist Artikel 33 anwendbar, nur erscheint als das gemeinschaftliche Gericht das Bezirksgericht [12]).

b) Geltendmachung.

Wählen die Parteien, obwohl die bezeichneten Voraussetzungen gegeben sind, unter Umgehung des Verbindungsforums getrennte Verhandlung bei verschiedenen Foris, sei es mit bezüglicher ausdrücklicher Erklärung oder zufolge gegenseitiger stillschweigender Einwilligung: so hat es hiebei sein Bewenden. Der Richter darf, auch wenn er den Zusammenhang einer Sache mit einer andern für gegeben und die Verbindung der ersteren mit der letzteren bei einem dritten Gericht für räthlich hält, sich nicht für unzuständig erklären. Ebensowenig kann die Partei, wenn sie sich auf die getrennte Verhandlung ausdrücklich oder stillschweigend eingelassen hat, hievon wieder abgehen und Delegation nachsuchen oder die exceptio remissionis ad eundem judicem nachtragen. Das Verbindungsforum in Frage ist kein absolut ausschließliches und darum nicht von Amtswegen aufrecht zu halten [13]).

Anderseits ist dieses Forum auch kein blos facultatives in dem Sinne, daß seine Angehung oder Nichtangehung in des Klägers Wahl allein stände. Jede Partei kann unter gegebenen Voraussetzungen die Verbindung der Rechtsstreitigkeiten beim Richter des Verbindungsforums erzwingen. Arg. voce

„sind, wenn es eine Partei beantragt, bei einem und demselben „Gericht zu verhandeln ꝛc." in Artikel 33 [14]).

Erscheint dieselbe Partei als Kläger in allen betreffenden Sachen, so steht es in ihrer Hand, ohne weiters das Verbindungsforum für alle diese Sachen anzugehen [15]). Sind die Parteirollen in den mehreren Sachen verschieden und eine derselben bei einem für alle der Gattung nach zuständigen Gericht bereits angebracht: so kann bei diesem Gericht die andere Sache von dem hier klagenden Theil gleichfalls ohne Weiteres anhängig gemacht werden. Eine Einrede hingegen steht dem je beklagten Theil nicht zu.

In anderen Fällen gibt das Gesetz zur Herbeiführung der Verbindung ein doppeltes Mittel, nämlich:

1) **Die exceptio remissionis ad eundem judicem (forum connexitatis materialis).**

---

12) Abg. Prot. I, 61, 62. Die sonst im Gesetze mit absolut fixer Competenz bezeichneten Sachen (vgl z. B. Artikel 28 und §. 108) gehören gleichfalls nicht hieher, d. h. sie können ihrem Forum nicht nach Artikel 33 und 34 entzogen werden. Dasselbe gilt von Schadensersatzklagen gegen gerichtliche Beamte wegen Verletzung der Dienstpflicht. Abg. Prot. I, 32—33.

13) Abg. Prot. I, 66, 83.

14) Abg. Prot. I, 61, 66.

15) Sammlung oberstrichterl. Entscheidungen Bd. I Nr. 9.

Diese Einrede steht jeder Partei zu, wenn die betreffenden Sachen bereits bei verschiedenen foris anhängig geworden sind.

Dasselbe gilt, wenn die noch anzubringende Sache vor das schon mit der anderen befaßte Gericht deshalb nicht gebracht werden kann, weil diesem Gerichte für jene die Zuständigkeit der Gattung nach mangelt. Hier ist die weiter zu erhebende Klage bei dem für sie und zugleich für die erstangebrachte Sache zuständigen dritten Gericht zu erheben und im erstanhängig gewordenen Proceß mittels der exceptio remiss. ad eundem die Verbindung zu bewirken.

Es ist für die Zuläßigkeit der bezeichneten Einrede gleichgiltig, ob die betreffenden Gerichte zu einander im Unterordnungsverhältnisse stehen oder nicht. Im einen wie im andern Fall ist die exceptio remiss. statthaft [16]).

2) Verweisung an ein gemeinschaftliches Forum (forum continentiae).

Sind mehrere connexe Hauptstreitsachen bei verschiedenen Gerichten bereits anhängig geworden [17]), im Uebrigen gleichviel ob sich diese Gerichte über ihre Zuständigkeit schon ausgesprochen haben oder nicht, und stehen die bezeichneten Gerichte unter sich [18]) nicht im Unterordnungsverhältniß: auf diesen Fall gibt das Gesetz jeder Partei neben [19]) der ihr zustehenden exceptio remiss. das Recht [20]), die Festsetzung der Zuständigkeit bei dem nächsten, den verschiedenen Gerichten gemeinsamen Obergerichte und in Ermanglung eines solchen beim obersten Gerichtshofe [21]) nachzusuchen [22]).

Hinsichtlich der Wahl des zu delegirenden hat das verweisende Gericht im Allgemeinen freie Hand; nur insofern ist es gebunden, als im Falle des Schlußsatzes von Artikel 33 Absatz 2 immer das Handelsgericht, im Falle Bezirks- und Einzelngerichte angegangen waren, immer das Bezirksgericht delegirt werden muß.

Das demgemäß delegirte Gericht ist aber nicht ein forum connex. materialis, sondern ein forum continentiae. Denn der Anfallsgrund ist nicht mehr die Connexität der Streitsachen, sondern das Verweisungsurtheil.

Das legislatorische Motiv, aus welchem den Parteien nur in diesem, nicht aber auch in dem Falle die Befugniß zu einem Verweisungsgesuch gegeben ist, wenn die betreffenden Gerichte unter sich im Unterordnungsverhältniß stehen, beruht darin, daß letzteren Falls ein gemeinsames Gericht (forum connex. mater.)

---

16) Abg. Prot. I. 61—62.
17) Vgl. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen Band I Nr. 9.
18) Das gemeinschaftliche Unterordnungsverhältniß dieser Gerichte unter ein drittes Gericht (das nächste Obergericht) ist hier nicht gemeint.
19) Es kann die betr. Partei auch nach bereits erhobener exceptio remiss. ad eundem noch den Weg der Verweisung wählen.
20) Wovon natürlich so wenig als von der except. remiss. Gebrauch gemacht werden muß.
21) Falls Handelsstreitigkeiten in Frage, beim Bundesoberhandelsgericht.
22) Artikel 34 Pr. O.

unter allen Umständen im ordentlichen Wege gewonnen werden kann, es folglich des außerordentlichen der Verweisung nicht bedarf. Denn wenn die angegangenen Gerichte unter sich im Unterordnungsverhältniß stehen, so ist das je übergeordnete z. B. das Bezirksgericht A dasjenige, an welches die beim untergeordneten Gericht z. B. beim Einzelngericht A angebrachte Sache auf die hier zu erhebende exceptio remiss. ad eundem überzugehen hat. Würde dieses Einzelngericht der bezeichneten Einrede nicht stattgeben: so könnte doch durch Berufung im Competenzpunct der einzelnrichterliche Streit an jenes übergeordnete als Berufungsgericht gebracht werden, bei welchem als erster Instanz die andere Sache schon hängig ist. Gibt das Berufungsgericht der Apellation statt, so hat sich das Untergericht zu fügen. In Folge dessen sind beide Streitsachen auf diesem Wege an ein gemeinsames Gericht gelangt[23]). In dem Falle dagegen, wenn keines der angegangenen Gerichte das dem andern im Instanzenzuge zunächst übergeordnete ist, würde Berufung im Competenzpunct nicht ausreichen, um ein gemeinsames Forum zu gewinnen, dieses selbst dann nicht, wenn die Berufung an ein allen betreffenden Untergerichten zunächst vorgesetztes Obergericht zu gehen hätte z. B. an das den Bezirksgerichten Würzburg und Schweinfurt übergeordnete Appellationsgericht von Unterfranken. Denn das in Sache A der Berufung gegen die Entscheidung des Bezirksgerichts W stattgebende, die Incompetenz dieses Gerichts aussprechende appellationsgerichtliche Urtheil würde doch das mit der Sache B befaßte Bezirksgericht S nicht binden. Das oberrichterliche Urtheil hätte wohl die negative Wirkung einer Abweisung der Sache A von W., nicht aber auch die positive einer Zuweisung an das Bez. Gericht S. Letzteres könnte die Sache A doch von sich weisen; gegen dieses Urtheil könnte nur wieder Berufung zum Appellationsgericht eingelegt werden, und es bestünde selbst die Möglichkeit der Verwerfung dieser Appellation, wenn solche etwa an einen andern Senat oder an denselben, aber in seiner Besetzung geänderten Senat gienge. Demgemäß ergibt sich für dergl. Fälle die Nothwendigkeit eines Verweisungsurtheils, welchem sich der judex deleg. unter allen Umständen zu fügen hat[24]).

Das Verfahren auf Erledigung des im Wege einfacher Vorstellung zu erhebenden Verweisungsgesuchs ist dasselbe wie bei Competenzconflicten. Vgl. Artikel 35—37 mit §. 419.

Zu bemerken ist endlich, daß sowohl im Falle der Delegation als der except. remiss. die bei den betreffenden Gerichten bisher vorgenommenen Proceßhandlungen in Kraft bleiben, falls das eine oder andere derselben nicht als an sich unzuständig erklärt wurde. Dann wären allerdings die hier vorgenommenen Proceßhandlungen ungiltig; es läge aber auch kein Fall der Artikel 33 und 34 der Pr. O. vor.

---

23) In Fällen, in welchen eine summa appell. mangelt, ist freilich dieser Ausweg verschlossen und es bleibt bei der getrennten Erledigung. Abg. Prot. I, 258.

24) Vgl. Abg. Prot. I, 62.

## II. Hauptstück.

# Uneigentliche Klagenhäufung.

## I. Capitel.

## Haupt- und Widerklage [1]).

### §. 456.

Die Verbindung mehrerer Streitsachen zur Verhandlung und Entscheidung in einem Verfahren kann nicht blos beim Beginne, sondern auch im ferneren und ganzen Laufe eines Rechtsstreits stattfinden.

Diese Art Klagenhäufung tritt in doppelter Form auf, bald so, daß Eine der bisherigen Parteien gegen die Andere einen neuen, selbständigen Sachanspruch erhebt, bald so, daß ein Dritter mit selbständigen Begehren in einem zwischen Anderen anhängigen Proceß hereintritt oder als eventuell Verpflichteter einer der Parteien einzutreten genöthigt wird.

Hier spricht man von Hauptintervention und Gewährschaftsproceß, dort von Widerklage und Incidentsachen.

In allen Fällen bildet das Gericht des bisherigen Rechtsstreits, insofern ein anderer Grund seiner Zuständigkeit für die neue Rechtssache nicht besteht, für diese ein forum connexitatis materialis.

I. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Widerklage sind die folgenden:

1) Materielle oder formale Connexität des Haupt- und Widerklagsanspruchs.

„Mit Widerklage können bei dem Gericht der Hauptklage verfolgt „werden Gegenansprüche, die mit dem Klagsanspruch in rechtlichem Zusammenhang stehen (materielle Connexität) [2]) oder zu-

---

1) Quellen zu Artikel 31 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 12—13; III, 9.
Abg. Prot. I, 23—30, 82—83, 86—87, 104, 288, 303; IV, 16, 28, 45.
R. Ref. XVIII u. Bd. I, 19—20.
R. Prot. I, 90—98, 120—131; IV, 7.
Quellen zu Artikel 510 und 511 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—180, 185, 192; III, 56.
Abg. Prot. II, 260—263, 277, 296, 352, 373, 374; IV, 103, 152.
R. Ref. II, 183.
R. Prot. II, 252; IV, 61.
Vgl. Artikel 120, 125—129, 157, 179, 260, 304, 586, 666, 673, 674, 676 u. 706 Pr. O., dann §§. 162, 164, 230, 280, 318, 376, 378, 394, 398, 413, 414, 427.
Hannöv. Prot. 504—513, 1297, 1298.
Bayer a. a. O. §. 70.

2) Abg. Prot. I, 27.

„gleich den Gegenstand einer (zulässigen)[3]) Einrede bilden" (for„male Connexität)[4]).

Die Entscheidung darüber, ob der mittels Widerklage verfolgte Gegenanspruch mit der Hauptklage in rechtlichem Zusammenhang stehe, kann durch Rechtsmittel nicht angefochten werden[5]).

Rechtlicher Zusammenhang ist überhaupt nicht erforderlich, wenn formale Connexität besteht[6]). Die Bestimmung des letzten Absatzes des Artikel 31 der Pr. O. bezieht sich nicht auf Entscheidungen darüber, ob der Stoff der Widerklage zugleich als Einrede wirklich geltend gemacht und als solche zulässig sei. Zweifel in ersterer Hinsicht werden kaum vorkommen[7]). Die Entscheidung über die Zulässigkeit einer Einrede und damit der Widerklage ist Gegenstand selbständiger Berufung. Ist übrigens die Zulässigkeit der Widerklage auch davon abhängig, daß der Gegenanspruch nicht blos sich zu einer Einrede eigne, sondern als solche geltend gemacht sei[8]): so ist doch die Statthaftigkeit derselben nicht auf den Fall beschränkt, daß sie eine den Hauptanspruch übersteigende Summe (summa excedens) betrifft, mit deren Rest reconvenirt wird. Sie ist vielmehr auch zulässig, wenn der Klagsanspruch bestritten und für den Fall seines Nichtbestehens reconvenirt, für den Fall seines Bestehens compensirt wird[9]).

In Streitigkeiten zwischen beiderseits Ausländern ist, das Erforderniß der Connexität als gegeben vorausgesetzt, Widerklage zulässig, mag auch der Widerklagsanspruch nicht im Inland entstanden sein[10]).

Weiterhin wird vorausgesetzt,

2) daß der Widerklagsanspruch als selbständige Klage wenigstens durch Vereinbarung an das angerufene Gericht[11]) gebracht werden könnte[12]).

Ist dieses Gericht ohnehin für denselben in Beziehung auf Qualitäts-, Werths- und Territorialcompetenz zuständig, so wird durch die Reconvention ein besonderes Forum nicht gewonnen[13]).

Andernfalls wird nicht eine wirkliche Vereinbarung erfordert,

---

3) Arg. Artikel 706 Pr. O. Wird z. B. die Compensationseinrede wegen mangelnder Liquidität als unzulässig verworfen, so ist damit auch die Widerklage hinfällig.

4) Artikel 31 Absatz 1 Pr. O.

5) Artikel 31 Absatz 6 Pr. O.

6) R. Prot. I, 92—95. Ueber die Ausdehnung des Erfordernisses materieller Connexität auf alle Fälle vgl. hannov. Prot. 507—513.

7) Abg. Prot. I, 288.

8) Abg. Prot. IV, 16; R. Ref. II, 20.

9) R. Prot. I, 92—95.

10) Artikel 19 Pr. O. Abg. Prot. I, 30. Vgl. §. 97.

11) Ueber die Frage, ob die Bestimmungen über das Gericht der Widerklage und jene über deren Zulässigkeit zu trennen, erstere unter die Vorschriften über die Gerichtsstände, letztere in die Normen über das Verfahren aufzunehmen seien, vgl. hannöv. Prot. 505—506.

12) Artikel 31 Absatz 2 Pr. O.

13) Abg. Prot. I, 29. Ueber den Unterschied zwischen Gewinnung und Nichtgewinnung eines eignen fori reconv. Abg. Prot. I, 82 i. f.

sondern nur deren Zulässigkeit vorausgesetzt. Haben die Parteien für die Widerklage auf das Gericht der Hauptklage prorogirt, so ist nicht ein forum reconv. bezw. connexitatis, sondern ein forum prorogatum gegeben.

Die Regel, wonach die Statthaftigkeit der Widerklage von der Zulässigkeit der Prorogation abhängt, erleidet übrigens Beschränkungen.

a) Widerklagsansprüche aus Handelssachen können vor den Bezirks- und Einzelngerichten nur durch Vereinbarung geltend gemacht werden[14], — ausgenommen es falle der Widerklags- oder Klagsanspruch unter die Bestimmungen des Artikel 7 Absatz 2 der Pr. O. oder es sei schon für den an sich eine Handelsgerichtssache bildenden Klagsanspruch in statthafter Weise auf das Bezirks- oder Einzelngericht prorogirt worden[15], in welchen Fällen es einer Vereinbarung bezüglich der Widerklage nicht bedarf[16].

b) Ueberschreitet der durch gesetzlich statthafte Widerklage bei einem Einzelngericht erhobene Anspruch die Gränzen der einzelnrichterlichen Zuständigkeit: so bleibt die Widerklage zwar zulässig. Es hat aber, wenn beide Klagen Handelssachen betreffen, das für den Widerklagsanspruch an sich zuständige Handelsgericht, in allen anderen Fällen das für diesen Anspruch an sich zuständige Bezirksgericht zu entscheiden, — es sei denn daß die Parteien quoad summam im einen oder anderen Falle auf das Einzelngericht wirklich prorogirt haben[17]. Causa major trahit minorem[18]. Gegebenen Falls hat das Einzelngericht die gesammte Sache vor das Collegialgericht zu verweisen, diesem auch die Entscheidung über die bisher erlaufenen Kosten vorzubehalten. Rechtsmittel greifen gegen die Verweisung nicht Platz[19]. Vor ein bestimmtes Collegialgericht hat die Verweisung nicht zu lauten. Geschähe dies doch, so ist das betreffende Collegialgericht nur als solches, nicht aber als das bestimmte Bezirks- oder Handelsgericht an den einzelnrichterlichen Ausspruch gebunden[20].

Ist eine die Zuständigkeit des Einzelngerichts übersteigende Widerklage erhoben und dies durch Verweisungsurtheil constatirt: so wird hiemit zwar die Competenz des Collegialgerichts begründet; allein es ist Sache der Parteien, nunmehr dieses und zwar das einschlägige Collegialgericht selbst anzugehen. Es geschieht dies mittels neuer entsprechender Klagestellung. Dieselbe steht jeder Partei zu. Der Kläger braucht nicht zuzuwarten, bis der Beklagte und Widerkläger seinerseits die Sache an das nun zuständige Gericht bringt[21]. Würde endlich der Widerkläger seine

14) Wo dann nicht forum reconv. seu connex. mat., sondern ein forum prorogatum gegeben ist.
15) Vgl. Abg. Prot. I, 82—83, 86, 119—127; IV, 17 mit R. Prot. I, 96.
16) Artikel 31 Absatz 3 Pr. O.
17) Artikel 31 Absatz 4 Pr. O.
18) Abg. Prot. I, 27.
19) Artikel 511 Pr. O. Vgl. §§. 81—84.
20) Abg. Prot. II, 262, 263.
21) Abg. Prot. I, 30, 288.

Widerklage jetzt fallen laſſen oder derart ermäßigen, daß ſie wieder unter die einzelnrichterliche Competenz fiele: ſo ändert dies die einmal eingetretene Zuſtändigkeit des Collegialgerichts nicht mehr. Ebenſowenig würde eine ſolche Aenderung Platz greifen, wenn das Collegialgericht nach Artikel 157 der Pr. O. die Verhandlung von Haupt- und Widerklage trennt [22]).

3) Die Widerklage iſt nicht vor Erhebung der Hauptklage [23]) und nicht mehr nach Erlaſſung des Endurtheils erſter Inſtanz zuläſſig [24]).

Mit Schluß der letzten, dem Endurtheil unmittelbar vorhergehenden Verhandlung tritt der Ausſchluß der Widerklage ein, gleichviel ob das Endurtheil appellabl iſt oder nicht.

Iſt aber auch die Widerklage innerhalb des vorbezeichneten Anfangs- und Schlußmoments unbedingt zuläſſig, ſo folgt daraus nicht das Recht auf gleichzeitige Erledigung derſelben mit der Hauptklage, wenn die Reconvention gegenüber der Hauptſache verzögerlich angebracht wurde. Vgl. Ziffer II.

Der Abſtand von der Hauptklage wie die Abweiſung derſelben, der Verzicht auf den Hauptklagsanſpruch wie deſſen Verwerfung bleiben auf die erhobene Widerklage ohne Einfluß.

Ueber die Vorausſetzungen zuläſſiger Widerklage im zweiten Rechtszug vgl. Artikel 706 und §. 427.

4) Von anderen Perſonen als dem Hauptbeklagten in der Richtung wider den Hauptkläger kann Widerklage nicht erhoben werden. Daher findet Widerklage gegen Widerklage nicht ſtatt [25]), — auch dann nicht, wenn beide in rechtlichem Zuſammenhang ſtünden. Der Kläger kann, wenn er mehrere Anſprüche hat, dieſe ſchon in der Klage verbinden. Hat er dies unterlaſſen, ſo hat er auf deren Geltendmachung in dieſem Proceſſe verzichtet; auch würden ihn die allgemeinen Grundſätze über Klagsänderung an dergleichen Nachſchleppungen hindern [26]).

Ebenſowenig können natürlich dritte Perſonen Widerklage erheben. Doch iſt Widerklage gegen den Hauptintervenienten und Garantiekläger unter den allgemeinen Vorausſetzungen ſtatthaft, da ſelbſtändige Klagen in Frage ſind. Bei Streitgenoſſenſchaft kann Widerklage von allen oder einzelnen Mitbeklagten gegen alle oder einzelne Mitkläger erhoben werden.

5) Klagenhäufung iſt bei der Widerklage nach allgemeinen Grundſätzen ſtatthaft. Arg. voce „Gegenanſprüche" im Artikel 31 Abſatz 1 Pr. O.

II. Bezüglich des Verfahrens gelten für die Widerklage die nachſtehenden Vorſchriften.

---

22) Artikel 31 Abſatz 4 i. f.; Artikel 511 Pr. O. i. f.

23) Artikel 179 Ziff. 3, Artikel 501, 510 Pr. O. Vgl. §. 280. Widerklage kann namentlich nicht ſchon erhoben werden, wenn erſt präparatoriſche Geſuche, Vorſichtsverfügungen, nicht aber die Hauptklage anhängig ſind.

24) Arg. voce „bei dem Gericht, bei welchem die Klage im erſten Rechtszug anhängig iſt."

25) Artikel 31 Abſatz 5 Pr. O.

26) Abg. Ref. II, 13 Nr. 5.

1) Im Anwaltsproceß erfolgt die Erhebung der Widerklage durch Anwaltsact. Vgl. auch Artikel 157, 230 und §. 283.

Im Parteiproceß kann die Widerklage durch mündliche Erklärung bei der Verhandlung erhoben werden. Der Partei ist jedoch unbenommen, solche schon vorher durch Gerichtsvollzieheract zustellen zu lassen [27]).

2) Der Widerkläger hat, auch wenn die Widerklage an sich zulässig ist, nicht unter allen Umständen Anspruch auf deren gleichzeitige Verhandlung und Erledigung mit der Hauptklage.

Allerdings besteht dieser Anspruch als Regel.

Wurde jedoch die Widerklage im regulärordentlichen Anwalts- oder im Parteiproceß nicht schon mit der Vernehmlassung auf die Hauptklage verbunden, so darf sie gleichzeitig mit dieser nur verhandelt werden, wenn dadurch die Verhandlung der Hauptklage nicht verzögert wird [28]). Im regulärordentlichen Anwaltsproceß ist unter Vernehmlassung die schriftliche Klagsbeantwortung verstanden; im Parteiproceß entscheidet der Schluß der ersten die Hauptsache betreffenden Verhandlung [29]). Im abgekürzten Anwaltsproceß ist eine selbst mit der Vernehmlassung verbundene d. i. bis zum Schluß der ersten die Hauptsache betreffenden Verhandlung erhobene Widerklage zur besonderen Verhandlung zu verweisen, wenn deren gleichzeitige Entscheidung eine nachtheilige Verzögerung besorgen läßt [30]). Selbständig neben diesen Beschränkungen besteht endlich die allgemeine Befugniß des Gerichts, von Amtswegen die Trennung der Verhandlung anzuordnen, wenn hievon eine zweckmäßige Vereinfachung des Verfahrens zu erwarten oder eine Verwirrung der Verhandlung aus der gleichzeitigen Erledigung zu besorgen steht [31]).

Vgl. auch die §§. 162, 164, 230, 318, 376 ff., 394, 398, 414 u. 415.

## II. Capitel.

## Zwischenstreit [1]).

### §. 457.

Unter Zwischenbegehren versteht man diejenigen während des anhängigen Rechtsstreits von einer Partei gegen die andere selbständig erhobenen

---

27) Artikel 510 Absatz 1 Pr. O.
28) Artikel 157 Absatz 3 Pr. O.
29) Arg. Artikel 506 Absatz 2 Pr. O.
30) Artikel 260 Ziffer 4 Pr. O.
31) Artikel 157 Absatz 2 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 483 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 54.
Abg. Prot. II, 291, 292, 293, 351, 371; IV, 102, 105, 150.
R. Ref. II, 177.
R. Prot. II, 241; IV, 61.
Quellen zu Artikel 484 Pr. O.:

Begehren, welche nach Endzweck und Gegenstand mit dem bereits geltend gemachten bezw. dem Hauptanspruch in einem nebensächlichen Zusammenhange stehen.

Das auf die Erledigung eines Zwischenbegehrens erwachsende besondere Verfahren heißt Incident- oder Zwischenstreit.

I. Man unterscheidet sachliche Incidentstreitigkeiten und Zwischenstreitigkeiten über das Verfahren [2]).

Gegenstand der ersteren bilden weitere Ansprüche an Nebensachen, Früchten, Zinsen, Kosten und dergl., Provisionalgesuche wegen Erhaltung des Streitobjects, Sicherung der Execution ꝛc., Ansprüche auf Kostenvorschuß, provisorische Alimentation, vorausgesetzt daß sie im Lauf des Processes von einer Partei gegen die andere selbständig verfolgt werden.

Incidentsachen bezüglich des Verfahrens bilden Delegations-, Perhorrescenz-, Armenrechtsgesuche, Anträge auf Entscheidung von Competenzconflicten, auf Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters, auf Erlassung von Verbindungsurtheilen, Frist- und Tagfahrtsgesuche, Gesuche auf und im Liquidationsverfahren, Klagen auf Vernichtung processualer Handlungen, Incidentrestitutionsgesuche u. dgl.

Gemischter Natur sind wohl Editionsgesuche, actiones ad exhibendum, Anträge auf Verwerfung von Zeugen, Sonderstreitigkeiten über die Erheblichkeit der Eidesnorm, das Urkundenächtheitsverfahren u. s. w. [3]).

II. Einführung des Zwischenstreits.

1) Will während des Rechtsstreits eine Partei gegen die andere ein damit im Zusammenhange stehendes, nicht blos das Verfahren betreffendes Begehren erheben, so hat dies im Anwaltsprocesse, von besonderen Fällen abgesehen [4]), in einem der Gegenpartei und, wenn diese bereits einen Anwalt aufgestellt hat, dem letzteren zuzustellenden motivirten Antrage zu geschehen [5]). Erfolgt die Zustellung an den Gegenanwalt, so kann das Begehren auch mit einem die Hauptsache betreffenden motivirten Antrage verbunden werden [6]).

Hat dieselbe Partei gleichzeitig mehrere Zwischenbegehren zu erheben, so sollen diese in einem Antrag zusammengenommen werden, widrigenfalls den Antragssteller die bezüglichen Mehrkosten treffen [7]).

---

Abg. Prot. II, 291, 292, 293, 351, 371; IV, 102, 150.
R. Ref. II, 177.
R. Prot. II, 241; IV, 61.
Quellen zu Artikel 485 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 291, 292, 293—294, 351, 371, 453.
R. Prot. II, 241.
Quellen zu Artikel 486 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 169—170.
Abg. Prot. II, 291, 293, 294, 351, 371.
R. Prot. II, 241.
Quellen zu Artikel 510 sieh' bei §. 456.

2) Artikel 483 Pr. O. Vgl. Abg. Prot. II, 292.

3) Abg. Prot. II, 293.

4) Vgl. z. B. Artikel 342 Pr. O.

5) Artikel 483 Absatz 1 Pr. O.

6) Artikel 483 Absatz 2 Pr. O. Besondere Antragstellung ist in solchem Falle wohl nur veranlaßt, wenn die Entscheidung der Hauptsache durch die Entscheidung über das Zwischenbegehren bedingt ist. Abg. Prot. II, 292.

7) Abg. Prot. II, 292.

Im Parteiprocesse kann das Zwischenbegehren mündlich bei der Verhandlung erhoben werden. Der Partei ist jedoch unbenommen, dasselbe auch schon zuvor der Gegenpartei durch Gerichtsvollzieheract zustellen zu lassen [8]).

2) Die Erhebung von Zwischenstreitigkeiten, welche das Verfahren betreffen, ist für die meisten Fälle besonders normirt [9]). In Ermanglung besonderer Vorschriften finden die unter Ziffer 1 vorgetragenen Grundsätze entsprechende Anwendung.

III. Weiteres Verfahren.

1) Sowohl über sachliche als über die das Verfahren [10]) betreffenden Zwischenstreitigkeiten ist im Anwalts- [11]) wie im Parteiproceß [12]) gleichzeitig mit der Hauptsache zu verhandeln und zu entscheiden. Mit Vornahme der die Hauptsache betreffenden Handlungen sind jene für den Zwischenstreit jeweils zu verbinden, im Anwaltsprocesse schon im Schriftenwechsel und bei der Hinterlegungstagfahrt. Besondere Verhandlungen, Tagfahrten und Ladungen für den Zwischenstreit finden nicht statt [13]).

2) Eine Ausnahme von dieser Regel greift Platz, wenn entweder das Gericht nach Artikel 157 die Trennung der Verhandlungen verfügt [14]), oder wenn die weitere Verhandlung der Hauptsache die vorgängige Entscheidung des Zwischenstreits erfordert [15]). Vgl. z. B. Artikel 190, 256, 342 Absatz 3.

Letzterenfalls setzt im Anwaltsprocesse der Senatsvorstand auf Ansuchen einer der Parteien [16]) eine Sitzung unmittelbar zur Verhandlung [17]) über den Zwischenstreit fest. Diese Verfügung muß dem Gegenanwalt unverzüglich mit der Aufforderung zugestellt werden, in der anberaumten Sitzung zu erscheinen. Hat die Gegenpartei zur Zeit keinen Anwalt aufgestellt, so ist die Zustellung der Verfügung nur dann erforderlich, wenn die Verhandlung stattfinden soll, ehe seit der Zustellung des betreffenden motivirten Antrags mit Berücksichtigung des Artikel 209 ein der Erscheinungsfrist gleichkommender Zeitraum verstrichen ist [18]). Wird nachträglich von der Gegenpartei noch ein Anwalt bestellt, so ist dieser auch noch in die Sitzung zu laden. Reicht hiefür die Zeit nicht, so hat der Anwalt des Imploranten zum besagten Zweck die Vertagung der Verhand-

---

8) Artikel 510 Absatz 1 Pr. O.
9) Vgl. z. B. die Bestimmungen über das Verfahren auf Verwerfung von Zeugen. Abg. Prot. II, 293.
10) Vorbehaltlich besonderer Bestimmungen des Gesetzes.
11) Artikel 484 Pr. O.
12) Artikel 510 Absatz 2 Pr. O.
13) Werden nach erlassenem Verbindungsurtheil Zwischenstreitigkeiten erhoben, so finden diese Grundsätze natürlich ebenfalls Anwendung.
14) Und hiebei selbstverständlich zugleich den weiteren Gang des Verfahrens bestimmt.
15) So daß also die Hauptsache auch nicht eventuell mitverhandelt werden kann. Artikel 484, 510 Absatz 2 mit Artikel 537 Pr. O.
16) Der Implorat kann das Ansuchen natürlich erst nach Zustellung des Incidentbegehrens stellen.
17) Aehnlich wie im Falle des Artikel 259 Pr. O.
18) Vgl. Anmerkung 13.

lung zu erwirken [19]). Die Zustellung weiterer motivirter Anträge vor der Verhandlung ist nicht geboten [20]). Ist in einem solchen Zwischenstreit Berufung ergriffen, so knüpft sich zwar für die präjudicirte Hauptsache an den Appellact nach allgemeinen Bestimmungen der Suspensiveffect. Allein das Proceßgericht kann eine Frist festsetzen, nach deren Ablauf mit der Verhandlung der Hauptsache ohne Rücksicht auf die noch unerledigte Berufung vorgefahren werden soll, — es sei denn Appellant erwirke auf Bescheinigung darüber, daß er im Betrieb der Berufungssache den erforderlichen Fleiß angewendet, Fristverlängerung. Wird solche nicht oder erfolglos begehrt: so kann die Hauptsache nach Ablauf der Frist von der Gegenpartei im gewöhnlichen Weg (durch Anmeldung ꝛc.) ohne Weiteres fortbetrieben werden. Sie hat nicht nöthig, vorerst durch Urtheil das an die Nichteinhaltung der Frist geknüpfte Präjudiz ausdrücklich verwirklichen zu lassen.

Im Parteiproceß finden diese Vorschriften sinngemäße [21]) Anwendung [22]).

## III. Capitel.

## Hauptintervention [1]).

### §. 458.

I. Unter gewissen Voraussetzungen ist ein Dritter berechtigt, in einem zwischen Anderen anhängigen Rechtsstreite und zwar während seines ganzen Laufs und in jeder Lage desselben zu interveniren d. h. sich durch Stellung einer selbständigen Klage gegen beide Hauptparteien auf Zuerkennung eines eignen Anspruchs an ihn, den Intervenienten, einzumischen. Hauptintervention.

Von dieser Art Einmischung unterscheidet sich die Hauptintervention im Vollstreckungsverfahren. Sie ist in den Artikeln 870, 874, 1021, 1105

19) Abg. Prot. II, 294.
20) Artikel 485 Pr. O.
21) Artikel 486 Pr. O.
22) Artikel 510 Absatz 2 mit Artikel 537 Pr. O.
1) Quellen zu Artikel 66 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 36–38; III, 14.
Abg. Prot. I, 93, 171, 182, 306; IV, 20, 49.
R. Prot. I, 168—169.
Quellen zu Artikel 67 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 36—38; III, 14.
Abg. Prot. I, 93, 171—172, 182, 288–289, 299, 307; IV, 20.
R. Ref. II, 30—31.
R. Prot. I, 169; IV, 11.
Quellen zu Artikel 488 und 489 Pr. O.:
Abg. Ref. III, 54—55.
Abg. Prot. II, 291—292, 295—296, 351, 371; IV, 102, 105, 150.
R. Ref. II, 177.
R. Prot. II, 241; IV, 61.
Vgl. hannöv. Prot. 142—152, 168—176, 573—579, 699—801; Arnold a. a. O. S. 90—98.

der Pr. O. besonders normirt und processual als Widerspruch gegen die Execution aufgefaßt [2]). Die Lehre hierüber gehört in die Darstellung vom Vollstreckungsverfahren [3]).

Die Hauptintervention in einem anhängigen Rechtsstreit ist gestattet, wenn dem Intervenienten ein selbständiges, eine oder beide Hauptparteien ganz oder theilweise ausschließendes (gleiches oder besseres) Recht auf den Streitgegenstand zusteht [4]).

Klagt A gegen B ein Darlehen ein und C behauptet interveniendo, er habe als Cessionar des A ein diesen ausschließendes Recht oder, er habe wohl dem A die Forderung cedirt, aber der Cessionsvertrag sei nichtig gewesen: so liegt ein Fall der ersterwähnten Art vor [5]). Ein Fall, in welchem beide Hauptparteien durch das Recht des Intervenienten ausgeschlossen werden, ist der folgende: A vindicirt vom Besitzer B; C intervenirt als Eigenthümer gegen Beide. Von C ist A puncto prioritatis, B puncto liquidi belangt.

Unter Streitgegenstand werden nicht blos sachliche (Sache, Vermögensganzes) [6]), sondern auch persönliche, überhaupt Rechte jeder Art begriffen.

Bescheinigung des Interventionsrechts ist kein Erforderniß der Einmischung in den Rechtsstreit, wohl aber für die Intervention in der Vollstreckung, insofern sie die Sistirung des Vollstreckungsverfahrens bewirken soll [7]).

II. Der Hauptintervenient hat seinen Anspruch bei demjenigen Gerichte anzubringen, bei welchem zur Zeit der Intervention der Hauptstreit anhängig ist [8]), — dieses selbst dann, wenn das Gericht für die Hauptsache nur durch Prorogation zuständig wurde [9]).

2) Abg. Ref. II, 37.

3) Die Frage, ob die Hauptintervention vom Vollstreckungsverfahren abgesehen beizubehalten sei, ist vom legislatorischen Standpuncte bestritten. Für Bejahung vgl. hannöv. Prot. 699—705, 710—712, für die Verneinung ibid. 705—710, 714—715. Kommen außerhalb des Vollstreckungsverfahrens auch selten einschlägige Fälle vor, möglich sind sie immerhin; mit Gestattung der Intervention aber wird eine raschere Erledigung und die Verhütung widersprechender Urtheile erreicht. Abg. Ref. II, 37.

4) Artikel 66 Pr. O.

5) Vom Standpuncte der Doctrin und Praxis werden gegen die Charakterisirung dieser als Fälle der Hauptintervention Bedenken erhoben. Vgl. hannöv. Prot. 707—708, 712—713, 715—718. Im obigen Beispiel sei vielmehr ein Fall der Nebenintervention enthalten, wenn der Hauptbeklagte nur die Activlegitimation des Hauptklägers bestreitet, — dagegen ein Fall der Intervention überhaupt nicht, sondern etwa ein Anlaß zur richterlicher Verbindung der Verhandlungen (d. Pr. O. Artikel 157), wenn der Hauptbeklagte sowohl die Schuld als die Activlegitimation Beider, des Hauptklägers und des Intervenienten bestreitet.

6) So beschränkt in den hannöv. Verhandlungen ꝛc. Vergl. hannöv. Prot. 713—714, 717—718, 736—740.

7) Abg. Ref. II, 37. Vgl. hannöv. Prot. 707, 718—719.

8) Artikel 67 Absatz 1 Pr. O. Es ist dies der dem Zweck der Intervention am meisten entsprechende Standpunct des französ. Rechts. Nach Cod. jud c. 8 § 4 Nr. 4 ist das Gericht competent, zu welchem die Interventionsklage an sich gehört (vertreten von Arnold a. a. O. S. 92, 93). Um keine Instanz zu entziehen, wurde bei den hannöv. Verhandlungen die Ansicht vertreten, daß die Intervention bei dem Gerichte erster Instanz anzubringen sei, bei welchem der Hauptstreit anhängig geworden ist, Prot. 714—715.

9) Abg. Ref. III, 14; Abg. Prot. IV, 20; R. Ref. II, 31—32; R. Prot. IV, 11.

Ist der Hauptstreit in der Appellinstanz anhängig, so muß die Intervention beim Berufungsgericht angebracht werden. Argum. voce:
„in jeder Lage der Sache bei demjenigen Gericht, bei wel-„chem der Hauptstreit anhängig ist."

Allerdings wird in diesem Fall den Parteien eine Instanz entzogen. Indessen ist dies von geringerem Belang, da im zweiten Rechtszug nova zulässig sind und eine unbeengte Vorführung des gesammten Standes der Sache Platz greift [10]).

In der Cassationsinstanz kann Intervention nicht erhoben werden. Wird aber in Folge Vernichtung des Urtheils die Sache wieder bei einer ordentlichen Instanz anhängig, so kann die Intervention hier noch geltend gemacht werden.

III. Die Hauptintervention ist als Klage zu betrachten und, soweit das Gesetz nicht anders verfügt, nach den über Klagen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen [11]).

1) Im Anwaltsproceß erfolgt sie mittels Klagserhebung gegen sämmtliche Hauptparteien.

Die Zustellung der Klageschrift (Artikel 225) geschieht für Parteien, welche einen Anwalt bereits aufgestellt haben, an diesen; selbstverständlich bleibt die Aufforderung nach Artikel 226 hinweg; auch genügt für alle durch den nämlichen Anwalt Vertretenen eine einzige Abschrift [12]).

An jene Parteien, welche keinen Anwalt haben, hat die Zustellung in der in Artikel 224 und 226 vorgeschriebenen Weise zu erfolgen [13]).

Wird die Zulässigkeit der Intervention bestritten, so ist hierüber mit der Hauptsache zu verhandeln und zu entscheiden; das Gericht kann jedoch von Artikel 157 Gebrauch machen.

Die Vorschriften über das Vorverfahren gelten für die Parteien des Hauptstreites auch in ihrer Eigenschaft als Beklagte gegenüber dem Intervenienten (Interventen) [14]); demgemäß haben sie als Interventionsbeklagte Anspruch auf die gewöhnlichen Fristen (Artikel 231, 232). Unebenheiten, welche hieraus in den Gang des Verfahrens kommen, sind durch Vertagung auszugleichen [15]).

Die Anwälte der Intervenienten können von sämmtlichen im Processe aufgestellten Anwälten die Mittheilung sowohl der in ihrem Besitz befindlichen Urkunden, von welchen diese Gebrauch bereits gemacht haben oder nach Inhalt ihrer Schriftsätze noch zu machen beabsichtigen, als auch der bisher zugestellten Actenstücke, Schriftsätze ꝛc. verlangen und finden im Uebrigen die Bestimmungen der Artikel 173—174 der Pr. O. Anwendung.

Alle nach der Intervention sich ergebenden Zustellungen und Ladungen sind unter gleichen Voraussetzungen in gleicher Weise

---

10) Abg. Ref. II, 37.
11) Artikel 67 Absatz 2 Pr. O.
12) Artikel 488 Absatz 1 Pr. O.
13) Abg. Ref. II, 44—55.
14) Artikel 257 Pr. O.
15) Abg. Prot. II, 295.

wie an die Anwälte der Hauptparteien auch an die Intervenienten zu machen, und eben so müssen auch diese die Zustellungen, Ladungen ꝛc. an sämmtliche aufgestellte Anwälte machen lassen.

Die Anwälte der Intervenienten sind unter denselben Voraussetzungen wie die Anwälte der Hauptparteien zur Betreibung der Sache, zur Anmeldung zum Hauptverzeichniß, zur Wochentabelle u. s. w. berechtigt [16]).

2) Im Parteiproceß ist die Interventionsklage ebenfalls gegen sämmtliche Hauptparteien zu erheben. Dies kann, wenn die Interventen sämmtlich anwesend sind, durch mündliche Erklärung bei der Verhandlung geschehen; andernfalls ist Klagsurkunde durch Gerichtsvollzieheract zuzustellen. Letzteres kann natürlich auch geschehen, wenn der Intervenient voraussichtlich in der Lage sein würde, die Intervention in giltiger Weise mündlich zu erheben [17]).

IV. Die Interventionsklage ist, im Anwaltsproceß schon im Vorverfahren, gleichzeitig mit der Hauptsache zu verhandeln und zu entscheiden, unbeschadet des richterlichen Rechts, die Verhandlung nach Artikel 157 zu trennen.

Dies ist indessen doch nur dann der Fall, wenn die Intervention noch zu einer Zeit erhoben wurde, wo von ihr der Gang der Hauptsache nicht wesentlich gestört und verzögert wird. Es ist Sache des Intervenienten, kleinere Verspätungen durch Ladung auf kurze Frist ꝛc. auszugleichen [18]). Wäre aber die Intervention so spät erhoben, daß ein solcher Ausgleich nicht helfen kann, vielmehr die Hauptsache verzögert würde, wenn gleichzeitige Verhandlung stattfände: so besteht für den Intervenienten auf letztere kein Recht. Lassen sich die Hauptparteien Vertagung nicht freiwillig gefallen, so ist die Frage eben hierüber auf dem Wege des Incidentstreits auszutragen [18]). Wird der Anspruch auf gleichzeitige Verhandlung und Entscheidung der Intervention abgewiesen, so mag sich der Intervenient gegen die ihm aus dem Urtheilsvollzug in der Hauptsache etwa drohenden Nachtheile durch Erwirkung von Vorsichtsverfügung schützen.

Ist, gleichviel wann die Einmischung erhoben wurde, das Urtheil in der Hauptsache von der Entscheidung der Intervention abhängig [19]) und eine gleichzeitige Verhandlung auch nicht einmal in eventueller Weise möglich: so hat die Hauptsache bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Intervention zu beruhen [20]).

Ueber das processuale Verhältniß der Interventen unter sich und zum Hauptintervenienten, dann den Fall, wenn im Laufe des Interventionsprocesses eine der Hauptparteien ganz ausscheidet, vgl. hannöv. Prot. 722—745, 754—794.

---

16) Artikel 489 Pr. O.
17) Artikel 510 Absatz 1 Pr. O.
18) Abg. Prot. II, 295.
19) Einfaches Präjudicialverhältniß. Abg. Prot. I, 288—289.
20) Artikel 67 Absatz 3 Pr. O. Hannöv. Prot. 741—745 mit 736—740. Entgegen Arnold a. a. O. 93, 94.

## IV. Capitel.

## Beiladung. Gewährschaftsklage.

### §. 459 [1]).

Bei der Hauptintervention beruht die Theilnahme des Dritten an dem zwischen Anderen anhängigen Proceß in der eigenen Initiative des Intervenienten.

Ein Dritter kann aber zur Theilnahme an einem zwischen Anderen anhängigen Rechtsstreit auch durch die Letzteren selbst veranlaßt werden. Beiladung.

I. Unter Beiladung versteht das Gesetz (Artikel 73) die Ladung eines Dritten zu einem zwischen Anderen anhängigen Rechtsstreit durch eine der Parteien [2]), um den Geladenen mit zur Partei zu machen und hiedurch dem seiner Zeit ergehenden Urtheil auch gegen ihn, habe er nun der Ladung entsprochen oder nicht, die den Verhältnissen entsprechende [3]) Wirksamkeit [4]) zu sichern.

Von dieser Art Beiladung muß die Officialadcitation dritter Betheiligter einerseits und anderseits eine zwar auch von den Parteien, aber nicht zu dem Zweck ausgehende Adcitation Anderer, um diese zu Parteien zu machen, unterschieden werden. Das frühere diesrheinische Recht [5]) kannte eine Officialadcitation. Die neue Proceßordnung kennt mit Ausnahme des Falles in Artikel 110 der Pr. O. eine solche nicht [6]). Die sg. communicatio actorum ad cameram ist aufgehoben; sie war nie recht praktisch geworden. Da in den einschlägigen Fällen (Lehen- und Stiftungssachen, Streitigkeiten über pfarrliche Gerechtsame 2c.) der Curatelstreitconsens erforderlich ist, erhält die betreffende Verwaltungsstelle ohnehin Kenntniß und kann gegebenen Falls den Fiscus benachrichtigen. Deshalb

---

1) Quellen zu Artikel 73 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 35—36.
Abg. Prot. I, 91—92, 171, 183, 307; IV, 35—36, 49.
R. Ref. XXXVI.
R. Prot. I, 176.
Quellen zu Artikel 487 Pr. O.:
Abg. Prot. II, 291, 294—295, 351, 371.
R. Prot. II, 241.
Quellen zu Artikel 509 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 178—180, 192.
Abg. Prot. II, 260, 277, 296, 352, 373.
R. Prot. II, 252.
Quellen zu Artikel 489 sieh' bei §. 458.
Vgl. Bayer a. a. O. §. 46; hannöv. Prot. 801—803.

2) Abg. Prot. I, 171.

3) Abg. Prot. I, 91, 171; IV, 36; R. Prot. I, 176.

4) Artikel 294 Pr. O.

5) Cod. jud. cap. 8 §. 4 Nr. 5 und cap. 14 §. 4, dann V.O. v. 30. Januar 1811.

6) Abg. Ref. II, 37; Abg. Prot. I, 92.

sieht das Gesetz auch von einer Benachrichtigung des Staatsanwalts ab [7]). Fälle von Beiziehung Dritter lediglich für den von einer Partei zu führenden Beweis erwähnt die Pr. O. in Artikel 371 und 381 [8]).

Die Beiladung im eigentlichen Sinn kann mit Rücksicht auf die daran geknüpften Wirkungen nur Ausnahme von der Regel sein. Sie findet lediglich in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen statt [9]) und bildet nicht sowohl ein selbständiges Rechtsinstitut, als die Form, in welcher gewisse Parteirechte besonderen Ausdruck und Realisirung finden. Die Fälle, in welchen sie vorkommt, sind im Einzelnen folgende:

1) Die Benennung des rechten Besitzers, Artikel 75 Pr. O.;
2) die Streitverkündung, Artikel 66, 68, 70 Pr. O.; vgl. Artikel 233;
3) der Zwang zur Streitgenossenschaft, Artikel 65 Pr. O.;
4) die Beiladung einer Hauptpartei durch einen dritten Appellanten Artikel 723 Pr. O.;
5) die Beiladung der gesetzlichen Vertreter und Gewalthaber unter gewissen Voraussetzungen bei der Wiederaufnahmsklage, Artikel 780, Pr. O.;
6) die Beiladung des Drittschuldners bei Klagen auf Einweisung in die mit Arrest belegte Forderung, Artikel 981 Pr. O.;
7) die Fälle, in welchen Beiladung nach Civilrecht statthaft ist. Der Ausdruck „Gesetz" in Artikel 73 ist nämlich ganz allgemein und nicht auf die Pr. O. beschränkt [10]).
8) Die Garantieklage, Artikel 69 ff. Pr. O.

Wird eine Beiladung vorgenommen, ohne daß deren gesetzliche Voraussetzungen gegeben sind, so ist sie wirkungslos.

II. Das Nähere in materieller Hinsicht über diese verschiedenen Fälle von Beiladung ist am je einschlägigen Ort gesagt.

In formaler Beziehung gibt die Pr. O. allgemeine Vorschriften über Beiladung.

Im Anwaltsproceß findet die Beiladung in der für Erhebung von Klagen vorgeschriebenen Weise d. h. durch einen den Erfordernissen der Klage genügenden Anwaltsschriftsatz [11]) statt, welcher durch Gerichtsvollzieheract zuzustellen ist [12]). Den Anwälten der übrigen Parteien ist von der geschehenen Beiladung durch Anwaltsact ohne Verzug (bei Meidung des Kostenersatzes) Kenntniß zu geben [13]). Da die Beigeladenen Parteien geworden sind, können deren Anwälte von sämmtlichen im Proceß aufgestellten Anwälten die Mittheilung sowohl der in ihrem Besitz befindlichen Urkunden, von welchen diese Gebrauch bereits gemacht haben oder nach Inhalt ihrer Schriftsätze noch zu machen beabsichtigen, als auch der bisher zugestellten Actenstücke und Schriftsätze verlangen und finden im

7) Abg. Ref. II, 35; Abg. Prot. I, 91.
8) Abg. Ref. II, 35.
9) Artikel 73 Pr. O.
10) Abg. Prot. I, 78; IV, 36.
11) Es wird zweckmäßig sein, statt die Hauptklage (Antrag, Ladung) in diesem Schriftsatz zu wiederholen, eine Abschrift derselben mit zuzustellen und sich in der Beiladung hierauf zu beziehen. Abg. Prot. II, 295.
12) Wobei die Vorladung die Hauptsache ist. Abg. Prot. II, 294.
13) Artikel 487 Absatz 1 Pr. O.

Uebrigen die Bestimmungen der Artikel 172—174 der Pr. O. Anwendung. Alle nach der Beiladung sich ergebenden Zustellungen, Ladungen zur Sitzung ꝛc. sind unter gleichen Voraussetzungen [14]) in gleicher Weise, wie an die Anwälte der Hauptparteien auch an die der Beigeladenen zu machen, und ebenso müssen auch diese die Zustellungen und Ladungen an sämmtliche aufgestellte Anwälte machen lassen, — gleichviel ob der Beigeladene zu allen oder nur zu einzelnen der Hauptparteien in ein processuales Verhältniß getreten ist [15]). Die Anwälte der Beigeladenen sind unter denselben Voraussetzungen wie die Anwälte der Hauptparteien zur Betreibung der Sache, Anmeldung u. s. w. [16]) berechtigt [17]).

Im Parteiprocesse erfolgt die Beiladung in der in Artikel 501 Absatz 1 der Pr. O. angegebenen Weise unter Zustellung einer Abschrift der Klage [18]). Geht die Beiladung vom Beklagten aus, so kann er den Adcitanden sofort nach Zustellung der Klage in die nämliche Sitzung, in welche er selbst geladen ist, beiladen lassen, sofern dies noch rechtzeitig (Artikel 502, 503) geschehen kann. Hat die Beiladung nicht in solcher Weise stattgefunden [19]) oder will der Kläger in Folge des Vorbringens des Beklagten einen Dritten in den Streit ziehen, so vertagt das Gericht, falls es die Beiladung nicht für augenscheinlich zwecklos erachtet, die Verhandlung der Sache in eine spätere Sitzung [20]).

Diese allgemeinen Vorschriften sind für einzelne Fälle wieder besonders modificirt, wovon am je einschlägigen Ort die Rede war [21]). Von der Gewährschaftsklage wird im folgenden §. gehandelt.

## §. 460 [1]).

I. Wer im Falle des Unterliegens im Rechtsstreit wegen des Streitgegenstandes Gewährleistung oder Schadloshaltung von einem Dritten for-

---

14) Abg. Prot. II, 296.
15) Abg. Prot. a. a. O.
16) Abg. Prot. II, 296.
17) Artikel 489 Pr. O.
18) Artikel 509 Absatz 2 Pr. O.
19) Wohl auch wenn es hätte geschehen können, aber unterblieb, vorausgesetzt natürlich, daß dieserhalb nur eine erstmalige Vertagung in Frage steht.
20) Artikel 509 Absatz 1 Pr. O.
21) Vgl. Abg. Prot. II, 294.
1) Quellen zu Artikel 69, 70, 71, 72 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 33—35; III, 14—15.
Abg. Prot. I, 87—92, 171, 182—183, 299, 307, IV, 20, 49.
R. Ref. XXXVI und Bd. II, 32—34.
R. Prot. I, 169—176; IV, 11–12.
Quellen zu Artikel 233 Pr. O.:
Abg. Ref. II, 94—95; III, 34.
Abg. Prot. II, 11—12, 104, 110, 111, 116, 117, 140, 450; IV, 70, 121.
R. Ref. I, 8, 36—37.
R. Prot. II, 23—24.
Quellen zu Artikel 548 und 552 sieh' bei §. 412, zu Artikel 260 und 261 bei §. 307, zu Artikel 487 und 509 bei §. 459, zu Artikel 489 bei §. 458.
Vgl. hannöv. Prot. 803—847, 922—934, 1184—1529, 1555—1556.
Ueber das Für und Gegen in Ansehung der Garantieklage vom legislatorischen Standpunct vgl. hannöv. Prot. 812—847, 922—934, beim handelsge-

dern und diesem deshalb den Streit verkünden kann, ist zugleich berechtigt, mit der Streitverkündung die Klage auf Gewährschaft oder Schadloshaltung (Gewährschaftsklage) [2]) zu verbinden. Das nämliche Recht steht unter gleichen Voraussetzungen auch demjenigen zu, welchem der Streit verkündet wurde [3]), d. h. er kann weiterhin den Streit verkünden und seinerseits Gewährschaftsklage erheben. Wäre ihm nur der Streit verkündet, ohne daß zugleich gegen ihn Gewährschaftsklage erhoben ist, so kann er gleichwohl wenigstens dann wider seinen Vordermann die Garantieklage stellen, wenn er gegenüber seinem Litisdenuncianten die Gewähr- oder Schadloshaltungspflicht für sich anerkannt hat.

Die Streitverkündung und Erhebung der Gewährschaftsklage kann geschehen, so lange dem Aufgeforderten nach der Lage des Rechtsstreits noch möglich ist, seine Angriffs- und Vertheidigunsmittel vollständig zu gebrauchen [4]), folgerecht so gut im zweiten wie im ersten Rechtszuge [5]). In der Cassationsinstanz ist Gewährschaftsklage nicht zulässig [6]). Im Verlaufe eines ordentlichen Rechtszugs ist sie dagegen an kein bestimmtes Proceßstadium gebunden; dieselbe kann auch nachgängig einer bereits geschehenen Streitverkündung erhoben werden.

Die Erhebung der Gewährschaftsklage setzt nicht voraus, daß der Fall des Verlustes oder der Beschädigung durch Unterliegen des Denuncianten im Hauptprocesse und Eintritt der Rechtskraft der bezüglichen Entscheidung schon eine wirkliche und unabänderliche Thatsache sei (actio nata für den Entschädigungsanspruch); es genügt eine durch die Existenz des Hauptprocesses in Aussicht gestellte Eventualität dieser Art.

Ebensowenig ist die Gewährschaftsklage im Sinne der Pr. O. auf die eigentlichen Evictionsfälle beschränkt. Sie ist in allen Fällen zuläßig, in welchen ein Rückgriff der bezeichneten Art gesetzlich statthaft erscheint, also auch für den debitor cessus, Bürgen, Solidarschuldner, für die Personen, welche civilrechtlich für andere haftbar und darum in Anspruch genommen sind, u. dgl.

Die Gewährschaftsklage ist zuläßig, nicht blos wenn es sich um Gewährschaft und eventuelle Entschädigung, sondern auch wenn es sich um die letztere primär und allein handelt.

Zwang zur Verbindung der Gewährschaftsklage mit der Streitverkündung besteht nicht. Der Litisdenunciant kann sich zunächst auf die Streitverkündung beschränken, den Ausgang des Hauptprocesses erwarten und, wenn dieser für ihn ungünstig ist, nach eingetretener Rechtskraft der Entscheidung die Klage auf Gewähr oder Schadloshaltung selbständig vor jenem Gericht erheben, welches für dieselbe an sich competent ist.

Der Garantiebeklagte ist endlich durch diese Eigenschaft nicht gehindert, den Garantiekläger zugleich als Nebenintervenient gegen den Hauptkläger zu unterstützen. Denn er bleibt Litisdenunciat. Folgerecht kann er in der Rolle des unterstützenden Nebenintervenienten selbst dann noch auftre-

richtlichen Verfahren insbesondere S. 831; bayrische Prot. des Abg. Aussch. I, 87—90; des R. R. A. I, 170—175; Abg. Ref. II, 33.

2) Terminus techn. für die Klage auf Gewährschaft und Schadloshaltung. Abg. Ref. III, 15.

3) Artikel 69 Pr. O.

4) Artikel 70 Absatz 1 Pr. O.

5) Abg. Ref. III, 15.

6) R. Ref. IV, 12.

ten, wenn er etwa die Verweisung der Garantieklage vor ein anderes Gericht erwirkt und die Streitverkündung gegen ihn nicht besonders stattgefunden hätte. Die Garantieklage enthält thatsächlich die Streitverkündung; ist erstere von diesem Gerichte weggewiesen, so bleibt doch die letztere bestehen.

II. Zuständig für die Gewährschaftsklage im Sinne des Artikel 69, und zwar für die erste wie jede weitere Klage dieser Art, ist das Gericht, bei welchem die Hauptsache anhängig ist. **Forum connexitatis materialis.**

Von der Einlassung bei diesem Gerichte kann sich der Garantiebeklagte nicht dadurch befreien, daß er die Verbindlichkeit zur Gewährleistung oder Schadloshaltung in Abrede stellt [7]). Dagegen ist die erhobene Gewährschaftsklage

1) von Amtswegen beim Gerichte des Hauptstreits zurück und an das für sie competente Gericht zu verweisen, wenn dieselbe an sich vor ein Gericht anderer Sachart (Artikel 2–7 Pr. O.) gehört und das Gericht der Hauptklage auch nicht durch Vereinbarung zuständig werden kann (Artikel 38 Pr. O.) [8]).

In anderen Fällen steht

2) dem Garantiebeklagten das Recht zu, mittels Einrede die Verweisung der Gewährschaftsklage vor das für dieselbe an sich zuständige Gericht zu verlangen, nämlich:

a) Wenn beide Klagen vor Gerichte verschiedener Sachart gehören (Artikel 2–7) z. B. die eine vor ein Bezirks-, die andere vor ein Handelsgericht, — es sei denn, daß die Hauptsache bei einem Handelsgericht anhängig wäre und die Gewährschaftsklage nach Artikel 7 Absatz 2 vor ein Bezirks- oder Einzelngericht gehört, oder daß die Hauptklage bei einem Bezirksgericht anhängig wäre und die Gewährschaftsklage vor ein Einzelngericht gehört [9]).

b) Wenn die Streitverkündung erst im Rechtszuge der Berufung erfolgte. In diesem Fall steht dem Garantiebeklagten die Wahl frei, die Verweisung in die Vorinstanz oder vor sein ordentliches Gericht zu verlangen [10]).

c) Wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die Hauptklage fraudulos nur zu dem Zweck erhoben wurde, um die Bestimmungen über die Fora zu umgehen und den Garantiebeklagten zu nöthigen, die Gewährschaftsklage vor einem anderen als seinem ordentlichen Gerichte verhandeln und entscheiden zu lassen [11]), — oder wenn das Gericht der Hauptklage nur durch Vereinbarung zuständig geworden ist [12]).

III. Die Streitverkündung und Gewährschaftsklage wird im An-

7) Artikel 71 Absatz 1 Pr. O.

8) Artikel 71 Absatz 3 Pr. O. Vgl. Artikel 33. Praktisch wird dieser Fall sich freilich nur ergeben, wenn die Hauptklage vor dem Handelsgerichte anhängig ist und die Gewährschaftsklage auf einem reinen Civilrechtsverhältnisse beruht.

9) Artikel 73 Absatz 3 Pr. O. Vgl. Artikel 33 und Abg. Prot. I. 90—91; Abg. Ref. III, 15.

10) Artikel 71 Absatz 2 Pr. O.

11) Abg. Prot. I, 90.

12) Artikel 71 Absatz 1 i. f. Pr. O.

waltsproceß wie eine gewöhnliche Klage erhoben (Artikel 224, 226). Den Anwälten der übrigen Parteien ist davon durch Anwaltsact Kenntniß zu geben [13]). Der Anzeige braucht zwar nicht eine Abschrift der Garantieklage beigelegt zu sein; doch muß sie entnehmen lassen, wer der Garantiebeklagte ist, aus welchem Grund er belangt wird, wann ihm die Klage zugestellt wurde und welche Erscheinungsfrist demselben läuft. Die Klageschrift muß den allgemeinen Erfordernissen (Artikel 225) genügen, insbesondere den Grund der Gewähr- oder Schadloshaltungspflicht und die Veranlassung der Klage klar legen, indem über die Hauptklage nach ihrem Gegenstand, Grund und Begehren Aufschluß ertheilt wird. Es ist zweckentsprechend, diese Klageschrift bezw. die den Garantiestreit veranlassenden Anträge rc. sogleich abschriftlich mitzutheilen. Das Gesuch der Gewährschaftsklage kann nach den Umständen ein im Einzelnen sehr verschiedenes sein. Im Allgemeinen ist es darauf zu richten, den Hauptbeklagten von dem Hauptklagsanspruch zu befreien und, wenn Garantiebeklagter dies nicht kann, Gewähr eventuell Entschädigung oder blos Entschädigung dahin zu leisten rc. Hat der Garantiebeklagte aus anderem Anlaß im Hauptstreite schon einen Anwalt bestellt, so kann dem letzteren die Garantieklage zugestellt werden.

Im Fortgange des Processes finden in Ansehung von Acten- und Urkundenmittheilung, Zustellungen und Ladungen, sowie hinsichtlich der Betreibung des Rechtsstreits für den Garantiebeklagten und seinen Anwalt durchweg die Bestimmungen für Beigeladene und deren Anwälte Anwendung [14]). Vgl. §. 459. Anderseits sind natürlich auch die Hauptparteien, insbesondere der Kläger dadurch, daß der Schriftenwechsel im Garantieproceß noch im Gang ist, an der Anmeldung der Sache zur Sitzung (Artikel 234) nicht gehindert. Im Gegentheil ist diese Anmeldung für den Hauptkläger, dem die unter den Gewährschaftsparteien gewechselten Schriftsätze nicht zugestellt werden, das Mittel, bei der hiernächst statthabenden Hinterlegungstagfahrt vom Stande des Gewährschaftsstreites Kenntniß zu erhalten. Zeigt sich, daß der Schriftenwechsel im Garantieproceß noch im Gang, so wird die Hinterlegungstagfahrt auf Antrag verlegt. Dem Vertagungsantrag kann sich der Hauptkläger auch nicht unter Berufung auf Artikel 72 Absatz 2 widersetzen. Denn wenn auch dort vorgeschrieben ist, daß der Hauptproceß durch die Gewährschaftsklage nicht aufgehalten werden darf, so ist diese Vorschrift hinwieder durch die andere beschränkt, daß die zur Streitverkündung und Gewährschaftsklage gesetzlich eingeräumten Fristen an sich als Verzögerung nicht gelten [15]). Vgl. Ziffer IV.

Im Parteiproceß wird die Streitverkündung und Gewährschaftsklage ganz in der in Artikel 501 der Pr. O. vorgeschriebenen Weise (Zustellung einer Ladungsurkunde) erhoben. Doch muß mit der Ladung Abschrift der Hauptklagsurkunde mitgetheilt werden [16]).

IV. Das Recht auf Entscheidung des Gewährschaftspunctes durch den Richter der Hauptklage gibt dem Garantiekläger nicht auch die

---

13) Artikel 487 Absatz 1 Pr. O.
14) Artikel 489 Pr. O.
15) Abg. Prot. II, 24—25.
16) Artikel 509 Absatz 2 Pr. O.

Befugniß, unter allen Umständen die gleichzeitige Erledigung beider Streitsachen zu verlangen. Jenes Recht knüpft sich an die Erhebung, diese Befugniß an die zeitige Erhebung der Garantieklage.

Die letztere kann nie vorgängig der Hauptklage entschieden werden. Erscheint daher der Garantiebeklagte nicht, so ist das bezügliche Versäumungsurtheil doch erst in Verbindung mit dem Urtheil in der Hauptsache zu erlassen. Gleichzeitig sind Haupt- und Garantieproceß außer diesem Falle nur zu entscheiden, wenn beide Sachen zugleich urtheilsreif gestellt sind. Ist die Hauptklage urtheilsreif, die andere nicht, so ist die erstere sofort zu entscheiden. Sind beide Sachen noch im Stadium der Verhandlung, jedoch in so ungleicher Weise, daß voraussichtlich die Verhandlung der Haupt- vor jener der Garantieklage erledigt würde, wenn nicht mit der ersteren auf die letztere zugewartet, sohin die Hauptklage [17]) durch die Garantieklage aufgehalten wird: so ist die Gewährschaftsklage auf Antrag oder von Amtswegen zur besonderen Verhandlung [18]) zu verweisen [19]).

Bei dem knappen Gefüge insbesondere des Anwaltsprocesses würden nun freilich die Fälle selten sein, in welchen die Hauptklage durch eine Garantieklage nicht wenigstens einigermassen aufgehalten wäre. Denn schon die Erhebung der Garantieklage fordert einige Zeit u. s. w. Demgemäß bestimmt das Gesetz eine gewisse Zeit für Erhebung und entsprechende Einordnung des Garantie- in den Hauptproceß, bis zu deren Verbrauch bezw. Ablauf mit der Weiterführung des letzteren auf den ersteren zugewartet werden muß, ohne daß hierin ein unstatthafter Aufenthalt erblickt werden dürfte. Arg. voce:

> „wenn die Hauptklage abgesehen von den zur Streitverkündung und Gewährschaftsklage eingeräumten Fristen durch die Gewährschaftsklage nicht aufgehalten wird". [20]).

Nach der Natur der Sache ist der Begriff der Verzögerung in den verschiedenen Procedurarten nicht derselbe. Was im ordentlichen Proceß als Aufenthalt nicht gilt, kann im beschleunigten Verfahren eine Verzögerung bilden. Demgemäß ist Zeit und Art der Erhebung und Einordnung der Garantie- in den Gang der Hauptklage nach den einzelnen Verfahrensarten besonders normirt.

1) Will im ordentlichen Anwaltsproceß der Beklagte einen Dritten als Gewährschaftsbeklagten in den Streit ziehen: so hat er dies innerhalb 15 Tagen nach Ablauf der Erscheinungsfrist, in den Fällen des Artikel 185 (Artikel 232) innerhalb 15 Tagen nach Beseitigung des Grundes der betreffenden Einrede [21]) zu bewerkstelligen. Innerhalb der nämlichen Frist [22]) hat er dem An-

---

17) Abg. Prot. I, 299.

18) Selbstverständlich hat hievon abgesehen der Richter das Recht, die Verhandlung nach Artikel 157 zu trennen.

19) Artikel 72 Pr. O.

20) Artikel 72 Pr. O.

21) Z. B. von der Stellung der Proceßkostencaution oder von der rechtskräftigen Verwerfung einer solchen Einrede, worauf in Gemäßheit des Artikel 256 eine neue Frist zur Klagebeantwortung läuft.

22) Früher braucht von der blos vorhablichen Erhebung der Garantieklage keine Anzeige an den klägerischen Anwalt gemacht zu werden. Abg. Ref. II, 95; Abg. Prot. II, 11.

walte des Klägers unter genauer Bezeichnung der bezüglichen Umstände von dem Geschehenen Anzeige zu machen [23]). Die Frist ist unter gegebenen Voraussetzungen nach Artikel 209 erweitert [24]). In den Fällen des Artikel 185 insbesondere läuft, wenn von Artikel 232 Gebrauch gemacht wird, im Uebrigen eine Klagbeantwortungsfrist gar nicht, da ja der Beklagte alles Weitere, Streitverkündung und Garantieklage &c. einbegriffen, verweigern kann. So ist z. B. der von einem Ausländer belangte Inländer befugt, mit Erhebung der Gewährschaftsklage so lange zuzuwarten, bis ihm der Kläger die Kostencaution bestellt hat [25]). Soll der mit diesen Fristbestimmungen beabsichtigte Zweck erreicht, m. a. W. sollen Haupt- und Garantieklage in die gleiche Lage der Verhandelbarkeit gebracht werden: so ergibt sich zugleich die Nothwendigkeit, die Frist zur Abgabe der Antwort auf die Hauptklage nicht schon mit Ablauf der ursprünglichen Erscheinungsfrist, sondern erst mit Ablauf der dem Gewährschaftsbeklagten gestatteten Erscheinungsfrist beginnen zu lassen. Dies statuirt auch das Gesetz [26]). Wurde blos der Streit verkündet, so beginnt die Mittheilungsfrist für den beklagtischen motivirten Antrag mit Ablauf der Frist für die Streitverkündung, ohne daß abzuwarten wäre, ob Litisdenunciat sich am Streite betheiligen wird oder nicht. Im Fall der Gewährschaftsklage hat dagegen der Garantiekläger ein Interesse daran, nicht blos bei Beantwortung der Hauptklage zu wissen, ob der Garantiebeklagte erscheint oder nicht, sondern auch dessen Unterstützung für den Hauptproceß zu erwarten, m. a. W. nicht ohne ihn vorzugehen, um bei der Frage der Gewährleistung keiner Einrede aus der Art, wie er den Hauptproceß betrieben hat, zu begegnen &c. [27]). Weitere Besonderheiten für die Mittheilung des beklagtischen motivirten Antrags sind nicht vorgeschrieben; es gelten die allgemeinen Bestimmungen der Artikel 231, 232, 209. Ein Zusammenhalt des Artikel 70 Absatz 1, Artikel 78 Absatz 2, Artikel 233 Absatz 1 und des Artikel 251 der Pr. O. ergibt endlich, daß, wenn die Frist des Artikel 233 Absatz 1 oder an deren Stelle eine richterliche Frist nicht eingehalten wurde, wegen einer Gewährschaftsklage oder Streitverkündung von der betreffenden Partei weder Verlängerung der für das Vorverfahren bestimmten Fristen nach Vertagung begehrt werden kann [28]).

Der Anlaß zur Streitverkündung und Gewährschaftsklage kann auch für den Kläger und zwar schon bei der Klagestellung hervortreten. Das Gesetz gibt für diesen Fall keine besonderen Bestimmungen; sie sind nicht nöthig.

Anders, wenn der Kläger erst durch die Klagsbeantwortung oder eine Widerklage zur Garantieklage Anlaß erhält, wenn z. B. der beklagte debitor cessus die Zahlungsein-

23) Artikel 233 Absatz 1 Pr. O.
24) Abg. Prot. II, 11.
25) Abg. Ref. II, 95; Abg. Prot. II, 11 und 12 (112); R. Ref. I, 36—37; R. Prot. II, 23—24.
26) Artikel 233 Absatz 2 Pr. O.
27) Abg. Prot. II, 11.
28) R. Prot. II, 33—34; Abg. Ref. III, 36.

rede entgegenstellt[29]) oder wenn eine der Parteien erst im weiteren Proceßverlauf z. B. durch Zustellung eines Schriftsatzes, Production einer Urkunde, Aufstellung einer neuen Behauptung bei der Verhandlung zur Garantieklage veranlaßt wird[30]). In solchem Fall kann die betreffende Partei, wenn nöthig, in der zur Hinterlegung oder Verhandlung festgesetzten Sitzung angemessene Frist begehren[31]). Selbstverständlich ist hiemit die Vertagung der Hauptsache zum Behuf späterer Hinterlegung oder Verhandlung zu verbinden. Das Gericht hat bei Bewilligung der Frist zugleich deren Beginn und Dauer nach freiem Ermessen zu bestimmen[32]). Von der Frist des Artikel 233 Absatz 1 unterscheidet sich die hier fragliche darin, daß jene eine gesetzliche, diese eine richterliche Frist ist. Dies erklärt sich aus dem Umstand, daß dort die Sache noch im Stadium der Vorbereitung unter den Parteien, hier bereits vor den Richter gebracht ist. Es knüpfen sich aber auch hieran sachliche Folgen. Die gesetzliche Frist tritt unter gegebenen Verhältnissen von selbst, also immer ein. Nicht so die richterliche Frist des Artikel 233 Absatz 4. Ihre Bewilligung setzt eine richterliche Prüfung der Lage voraus und bringt die Befugniß des Gerichts mit sich, das Fristgesuch zu verwerfen, wenn ausreichende Gründe für die Gewährung fehlen. So ist die Frist zu verweigern, wenn das Gericht die Frage verneint, ob überhaupt Anlaß zur Streitverkündung und Garantieklage vorliegt. Würde aber auch jene Frage bejaht, so kann immerhin das Gericht die Frist verweigern, wenn es findet, daß bisher schon der betreffenden Partei ausreichende Zeit zum genannten Zweck gegönnt war. Es müssen dies nicht gerade 15 Tage gewesen sein. Das Gericht kann nach Sachlage und freiem Ermessen eine kürzere oder längere Zeit als genügend oder erforderlich erachten. Hat z. B. der Kläger schon durch Zustellung des beklagtischen motivirten Antrags Anlaß zur Streitverkündung und Garantieklage erhalten, so hat er von da bis zum ersten Aufruf der Sache meistens Zeit genug, die Gewährschaftsklage zu stellen. Ist diese Frist unbenützt verstrichen, so kann gegen ein Fristbegehren in der Sitzung vom Gegner mit Grund Widerspruch eingelegt werden. Hätte aber der Beklagte solchen Anlaß erst durch den drei Tage vor der Sitzung mitgetheilten motivirtem Antrag des Klägers erhalten, so wäre die nachgesuchte Frist nicht zu versagen.

Macht endlich derjenige, welchem der Streit verkündet wurde, seinerseits wieder von der Befugniß zur Streitverkündung und Garantieklage Gebrauch: so finden die Bestimmungen des Artikel 233 Absatz 1 und 2 analoge Anwendung[33]). Folgerecht verschiebt sich die Frist zur Abgabe des motivirten An=

29) Vgl. Seuffert Comment. II, 205, insbesondere Anm. 1.
30) Abg. Prot. II, 11, 111.
31) Artikel 233 Absatz 4 Pr. O.
32) Abg. Prot. II, 116—117.
33) Artikel 233 Absatz 3 Pr. O.

trags des Hauptbeklagten so oft um 15 Tage, als eine neue Gewährschaftsklage erhoben wird u. s. w.

2) Besteht im Verfahren des abgekürzten Anwaltsprocesses Anlaß zur Streitverkündung bezw. zur Erhebung der Gewährschaftsklage für die eine oder andere Partei[34]): so hat auf deren Antrag das Gericht in der Sitzung die Verhandlung der Hauptsache in eine spätere Tagfahrt zu dem Zweck zu verlegen, daß dort unmittelbar und zusammen über Haupt- und Garantieklage verhandelt werde, zugleich auch eine angemessene Frist festzusetzen, innerhalb welcher in der Zwischenzeit Streitverkündung und Gewährschaftsklage zuzustellen ist. Dies hat selbst dann zu geschehen, wenn für die Garantieklage kein Grund zum abgekürzten Verfahren besteht. Eine an sich nicht dringliche Gewährschaftsklage ist schon wegen ihrer Verbindung mit einer dringlichen Hauptklage im abgekürzten Proceß mitzuverhandeln[35]). Folgerecht ist bei Anberaumung der neuerlichen Verhandlung überall darauf eine Rücksicht nicht zu nehmen, daß der Schriftenwechsel für die Garantieklage in der Zwischenzeit statthaben könne.

Die Gewährschaftsklage ist sofort in der Zeit zwischen beiden Sitzungen, jedoch unter Einhaltung der dafür festgesetzten Frist, wie eine sonstige Klage zuzustellen. Der Zustellungsact hat nicht die gewöhnliche Ladung (Artikel 226), sondern die Aufforderung an den Garantiebeklagten zu enthalten, ungesäumt einen Anwalt aufzustellen, der für ihn in der zur Verhandlung der Sache anberaumten Sitzung zu erscheinen hat. Vgl. Artikel 259 Absatz 3.

Schriftenwechsel im Garantiestreit ist nicht geboten; eine Hinterlegungstagfahrt findet nicht statt; die Anträge sind bei der Verhandlung zu hinterlegen[36]).

Bei der neuerlichen Verhandlung sind zwei Fälle möglich. Entweder die Garantieklage kann mit der Hauptklage erschöpfend verhandelt und zur Entscheidung bereift werden: dann erfolgt die sofortige Aburtheilung beider Sachen. Oder jenes ist nicht der Fall, weil die Garantieklage ohne Schriftenwechsel zur Entscheidung nicht bereift werden kann: dann ist die Hauptsache sofort zu erledigen, die Gewährschaftsklage aber zur gesonderten Verhandlung zu verweisen[37]) und sind für dieselbe zugleich die dem regelmäßigen Verfahren entsprechenden Verhandlungen unter Festsetzung angemessener Fristen anzuordnen[38]). Dies stimmt mit der Vorschrift der Ziffer 3 des Artikel 260 überein, welche von einer Frist lediglich für die Erhebung der Gewährschaftsklage und das Erscheinen des Garantiebeklagten spricht, folglich voraussetzt, daß diese Klage ohne Schriftenwechsel sofort verhandelt werden kann[39]).

3) Hat im Parteiproceß die Streitverkündung und Erhebung der Gewährschaftsklage nicht schon in der Art stattgefunden, daß der Litis-

35) Abg. Prot. a. a. O.
36) Artikel 260 Ziffer 3 Pr. O.
37) Artikel 72 Absatz 2 Pr. O. Arg. voce „vorbehaltlich der Bestimmungen des Artikel 72" in Artikel 260 Ziffer 3. Abg. Prot. II, 126.
38) Artikel 261 Absatz 2 Pr. O.
39) Abg. Prot. II, 126–127.

denunciat und Garantiebeklagte in die für die Hauptsache bereits anberaumte Sitzung (rechtzeitig, Artikel 502, 503) geladen ist: so vertagt das Gericht die Sache zur Verhandlung beider Klagen in eine spätere Sitzung, es sei denn, daß es die Streitverkündung und Garantieklage für augenscheinlich zwecklos oder, sofern sie vom Kläger bezielt wird, deshalb als verspätet erachtet, weil dieser hiezu nicht erst durch das Vorbringen des Beklagten veranlaßt wurde. In der Zwischenzeit muß die Garantieklage ganz nach Artikel 501 nebst einer Abschrift der Hauptklagsurkunde dem Garantiebeklagten mit Ladung in die betreffende Sitzung zugestellt werden [40]).

Können bei der neuerlichen Verhandlung beide Sachen entscheidungsreif gestellt werden, so ergeht hierüber Urtheil. Andernfalls ist die Garantieklage zur gesonderten Verhandlung zu verweisen. Artikel 72 Pr. O.

Ueber Streitverkündung und Gewährschaftsklage im Wechselproceß vgl. §. 412.

40) Artikel 509 Pr. O.

# Sachregister.

(Die römischen Zahlen bezeichnen den Band, die arabischen Zahlen die Seite.)

*

*

Schmitt, Gottfried,

Der bayerische Civilproceß nach der Civilproceßordnung vom 29. April 1869 systematisch dargestellt

Bd.: 2

Bamberg 1872